

Ansattes adgang til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten

Kandidatnummer: 382
Veileder: Jens Petter Berg
Leveringsfrist: 18.06.2006

Til sammen 18.000 ord

18.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling. Oversikt over den videre drøftelsen	1
1.2	Begreper og definisjoner	3
1.3	Avgrensninger	5
1.4	Det generelle rettskildebildet	8
<u>2</u>	<u>GJELDENE RETT OM ANSATTES ADGANG TIL Å YTRE SEG KRITISK OM FORHOLD I VIRKSOMHETEN – VARSLING</u>	<u>13</u>
2.1	Oversikt	13
2.2	Hensyn	13
2.3	Det rettslige utgangspunkt: Ansatte har fri rett til å ytre seg	15
2.4	Lojalitetsplikten som begrensning for adgangen til å varsle	19
2.4.1	Grunnlaget for lojalitetsplikten	19
2.4.2	Lojalitet – overfor hvem?	20
2.4.3	Lojalitetsplikten for ansatte i offentlig og privat virksomhet.....	22
2.5	Innholdet i avveiningen mellom varsling og lojalitetsplikt	23
2.6	Gjelder lojalitetsplikten i varslersakene?	25
<u>3</u>	<u>GJELDENE RETT: MOMENTER TIL VURDERINGEN AV OM EN VARSLINGEN ER LOJAL</u>	<u>28</u>
3.1	Oversikt	28

3.2	Påviselig unødvendig skade eller risiko for skade for arbeidsgiver	29
3.3	Den ansattes stilling og posisjon – identifikasjonsfaren med arbeidsgiver	34
3.4	Ytringens art	35
3.5	Fremgangsmåten. Intern eller ekstern varsling.....	37
3.6	Aktsomhetskravet.....	41
3.7	Varslerens uttrykksmåte.....	42
3.8	Hva slags interesser varslingen gjelder.....	44
3.9	Vil varslersens hensikt ha betydning?	44
3.10	Spørsmålet om bevisbyrde.....	46
4	<u>ARBEIDSMILJØLOVEN § 2-4</u>	48
4.1	Innledning	48
4.2	Bestemmelsens tilblivelse	48
4.3	§ 2-4 første ledd.....	50
4.3.1	Endrer aml. § 2-4 (1) gjeldende rett?	50
4.4	Forbud mot gjengjeldelse i aml. § 2-4 annet ledd	54
5	<u>ARBEIDSGRUPPENS FORSLAG TIL ENDRINGER I ADGANGEN TIL VARSLING</u>	56
5.1	Oversikt	56
5.2	Forslag om forvarlig fremgangsmåte ved varsling.....	56
6	<u>SPØRSMÅLET OM LOVFESTING AV VARSLINGSRETTE ER EGNET TIL Å</u>	59
	<u>BIDRA TIL AVDEKKING AV KRITIKKVERDIGE FORHOLD</u>	59

<u>LITTERATURLISTE.....</u>	<u>62</u>
------------------------------------	------------------

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling. Oversikt over den videre drøftelsen

Temaet omkring "whistleblowing", på norsk "varsling", har de senere år fått økt oppmerksomhet både i offentligheten og fra lovgiver. Store saker internasjonalt som Enron-, Arthur Andersen- og Parmalat-saken har avdekket ulovlig, uetisk og kriminell forretningsmessig atferd i arbeidslivet. Avsløringene av disse sakene skyldes i stor grad ansatte som valgte å gå ut med informasjon om kritikkverdige forhold i selskapene de hadde tilknytning til.

Fra vår hjemlige sfære finnes det nyere eksempler på slik varsling: Den såkalte vannverkskandalen på Ringesrikket, Bahr-saken og Siemens-saken er eksempler på at ansatte valgte å offentliggjøre informasjon om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. Disse sakene er også eksempler på den belastning som varslere ofte blir utsatt for i etterkant av varslingen.¹

I store jurisdiksjoner som USA og Storbritannia har saker basert på ansattes varsling ført til at lovverket er utviklet med det formål å sikre varslere et bedre vern.² Også i Norge har lovgiver søkt å rettslig regulere varslingssituasjonen gjennom å utarbeide et lovmessig vern for varslere. Etter en politisk kontroversiell behandling vedtok Stortinget en egen bestemmelse om varslere i § 2-4 i lov 17. juni 2005 nr. 62: om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven). Arbeidsmiljøloven § 2-4 behandles i kapittel 4

¹ Se Aftenpostens oppslag 20. mars 2006 under tittelen: "Angrer på at han varslet", om den ansatte som varslet om kritikkverdige forhold i forretninger mellom Siemens og Forsvaret,

² I USA ble en egen lov for børsnoterte selskaper, Sarbanes Oxley Act (2002), innført i etterkant av Enron-skandalen. Sarbanes Oxley Act ivaretar bl.a. varsleres vern. Storbritannia innførte The Public Interest Disclosure Act (PIDA) i 1998. Formålet er å legge til rette for intern varsling, og verne varslere.

nedenfor. Loven trådte i kraft 1. januar 2006, men bestemmelsen om varslere fikk utsatt ikrafttredelsen grunnet at regjeringen Stoltenberg, som overtok regjeringsmakten etter stortingsvalget høsten 2005, ønsket en fornyet behandling av rettsområdet før endelige regler trer i kraft. Behovet for nærmere utredning av rettsområdet fremgår også av forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven.³ Forslag til enn fornyet norsk bestemmelse om varsling kan tidligst ventes fremlagt for behandling i Stortinget i løpet av våren 2006. Stortingets behandling vil basere seg på høringsrunden om en arbeidsgruppeinnstilling som ble fremlagt 21. desember 2005.⁴ Arbeidsgruppens forslag til endringer av lovgivningen, med de høringsuttalelser som per i dag er tilgjengelige, behandles nedenfor i kapittel 4.

I denne oppgaven vil jeg drøfte og vurdere den rettslige regulering av varsling i norsk rett. Oppgavens sentrale problemstilling er om varslingssituasjonen kun skal vurderes som et eksempel på en klassisk ytringsfrihetssituasjon, eller om relasjonen arbeidsgiver–arbeidstaker tilsier at arbeidstakers ytringsfrihet om kritikkverdige forhold er begrenset.

Per i dag finnes det ikke i norsk rett noen lovregel som regulerer varslingssituasjonen, siden den vedtatte aml. § 2-4 ikke er trådt i kraft. Likevel kan nevnes ansattes rett til å være anonym ved varsling til Arbeidstilsynet om forhold i strid med loven, jf. aml § 18-2, samt bevisbyrdereregelen ved påstand om gjengjeldelse på bakgrunn av varsling om diskriminering, jf. aml. § 13-8. Grunnet den store betydning ytringsfriheten i ansettelsesforhold har for den store del av Norges befolkning som er i arbeid, kan det sies å være utilfredsstillende at reglene som begrenser denne ytringsfriheten i så stor grad er ulovfestet og delvis underutviklet.⁵ Et ytterligere moment ved en behandling av varsling som fenomen, og rettslige tiltak knyttet til dette, er at den forskning vi har om temaet

³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 134.

⁴ Rapportens offisielle navn er: "Ansattes ytringsfrihet". Den er utarbeidet av en arbeidsgruppe i Arbeids- og sosialdepartementet, og kan lastes ned fra <http://odin.dep.no/asd>.

⁵ Ytringsfrihetskommisjonens innstilling NOU 1999:27 s. 128 annen spalte tredje avsnitt. Oppdaterte tall fra SSB viser at det var over 2,3 millioner sysselsatte i Norge per januar 2006.

utelukkende relaterer seg til offentlig sektor. Det foreligger følgelig ikke empiriske data om hvordan ansattes adgang til å varsle om kritikkverdige forhold er i privat sektor.⁶

Utgangspunktet mitt for drøftelsen vil være å redegjøre for hvordan den rettslige situasjonen for varslere er etter gjeldende rett, slik dette først og fremst er utviklet i rettspraksis og juridisk teori, se kapittel 2 og 3. Jeg vil også ta for meg kryssende hensyn som antas å ligge til grunn for den rettslige reguleringen av varsling.

Videre vil jeg drøfte og vurdere den vedtatte, men ikke ikrafttrådte, § 2-4 i den nye arbeidsmiljøloven, samt de endringer som den forannevnte arbeidsgruppen foreslår i denne lovbestemmelsen, se hhv. kapittel 4 og 5 nedenfor. Siktemålet er å klargjøre om aml. § 2-4 og de foreslåtte endringene i bestemmelsen endrer rettstilstanden i forhold til gjeldende rett. Når det gjelder arbeidsgrupperapporten må imidlertid bemerkes at det er langt fra sikkert at endringene arbeidsgruppen foreslår vil bli stående som det endelige lovforslaget. Rapporten har vært ute på høring, med høringsfrist 23. mars. Deretter vil rapporten, sammen med høringsuttalelsene, danne bakgrunnen for Stortingets videre behandling av saken.

Avslutningsvis vil jeg peke på sider ved temaet ansattes varsling som kan belyse i hvilken grad lovfesting av varslers rettssvern er egnet til å styrke dette, se kapittel 6.

1.2 Begreper og definisjoner

I engelskspråklige land benyttes ”whistleblowing” for å betegne situasjonen der en arbeidstaker offentliggjør informasjon om kritikkverdige forhold i en virksomhet, og denne

⁶ Av undersøkelser om varsling i offentlig sektor kan nevnes: Hetle, Aslaug (red.): ”Munnkurv og varsling. En studie av ytringsfrihetens vilkår blant sykepleiere”, AFI rapport nr. 2/2005, Skivenes, Marit og Trygstad, Sissel: ”Varsling i norsk arbeidsliv. Hva betyr det og hva vet vi.” FAFO-notat 2005:29 og Skivenes, Marit og Trygstad, Sissel: ”Når arbeidstakere ytrer seg kritisk. En pilotstudie av et utvalg medarbeideres erfaringer med å varsle i utdannings- og pleie og omsorgssektoren”, FAFO-notat 2005:04.

betegnelsen er også utbredt internasjonalt. "Whistleblower" blir brukt som betegnelse på den som offentliggjør slik informasjon. Ordenes leksikalske betydning er hhv. "fløyteblåsing" og "fløyteblåser", og er hentet fra idrettens verden, hvor dommeren blåser i fløyta når regler blir overtrådt. Lenge kjente man heller ikke i norsk terminologi noen andre termer enn "whistleblowing" og "whistleblower". Et tidlig forslag i norsk teori var å kalle situasjoner hvor det ble varslet om kritikkverdige forhold for "nødbremsing".⁷ Med vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven har imidlertid lovgiver innført en betegnelse for "whistleblowing", - "varsling". Det vil etter dette være konsistent å kalle prosessen og resultatet for "varsling". Denne nyetablerte norske terminologien antas å ikke innebære noen endring i innholdet av gjeldende rett. Dette innebærer at eldre juridisk teori og rettspraksis om denne type saker vil være relevant, selv om ordbruken kan være en noe annen, og lovgiver ved vedtakelsen av den endrede Grl. § 100 høsten 2004 kan ha flyttet skrankene for ansattes ytringsfrihet.

I det følgende forstås varsling på samme måte som i den nye aml. § 2-4, dvs. som situasjoner der arbeidstaker sier fra til "offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten."⁸ Jeg vil legge til grunn at varslingen kan skje både internt i tråd med eventuelle retningslinjer i virksomheten, til offentlige tilsynsmyndigheter, til media eller til andre utenfor virksomheten. For vurderingen av om varslingen vil være lovlig vil det være av betydning å klargjøre nærmere hva som skal regnes som ekstern og intern varsling.

For å kunne klargjøre i hvilke tilfeller ansatte skal ha en rettmessig adgang til å varsle vil det være av sentral betydning å klargjøre hva slags forhold som skal karakteriseres som "kritikkverdige forhold" knyttet til virksomheten, og hva som rettspolitisk sett bør kvalifisere til å kunne gi grunnlag for varsling.

⁷ Per Christian Andersen: Tjenestemenns adgang til å offentliggjøre kritikkverdige forhold i forvaltningen. Institutt for offentligretts skriftsserie, UiO nr. 1/1995.

⁸ Arbeidsmiljøloven § 2-4 (1).

I utgangspunktet kan det kritikkverdige relatere seg til alle slags forhold: For eksempel korrupsjon, innsidehandel eller annen økonomisk kriminalitet, fare for pasienters liv og helse, dårlig fysisk eller psykisk arbeidsmiljø som ikke oppfyller kravene i arbeidsmiljøloven, dårlig samarbeidsklima på arbeidsplassen, forurensende utslipp til miljøet, misvisende markedsføring, miljøskadelige produkter eller illojalitet overfor kontraktspartnere. Problemstillingen blir om disse tilfellene alltid må sies å være ”kritikkverdige forhold”, eller om de må være av en viss alvorlighetsgrad før den ansatte har en rett til å varsle offentligheten om dem.

For begrepene arbeidstaker og arbeidsgiver legges samme forståelse til grunn som følger av arbeidsmiljøloven § 1-8 første og annet ledd. Etter dette vil arbeidstaker være ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”, mens arbeidsgiver er ”enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste”.

Nærmere definisjoner i tilknytning til lovgivningen vil jeg komme tilbake til nedenfor.

Alle henvisninger til arbeidsmiljøloven vil gjelde den nye loven, som med unntak av § 2-4 trådte i kraft 1. januar 2006.

1.3 Avgrensninger

Oppgaven vil i hovedsak dreie seg om arbeidstakers *adgang* til å ytre seg, internt eller eksternt, om *kritikkverdige forhold i virksomheten*. Det er kun arbeidstakeres ytringer i forhold til arbeidsgiver som drøftes, dvs. ytringsfriheten i ansettelsesforhold. Dermed vil ikke arbeidstakeres kollektive ytringer, for eksempel slik disse kommer til uttrykk gjennom streik, bli nærmere drøftet.

Oppgaven tar kun for seg situasjonen der arbeidstaker ytrer seg på egne vegne. Dermed vil ikke spørsmål knyttet til ytringer arbeidstaker kommer med i egenskap av å være utpekt til talsmann på virksomhetens vegne bli behandlet.

Arbeidstakers ytringer i det konkrete tilfelle må altså gjelde virksomhetens kritikkverdige aktiviteter. Som nevnt er imidlertid denne situasjonen i sin art en del av det generelle spørsmålet om ansattes ytringsfrihet.⁹ Ansattes ytringsfrihet vil imidlertid omfatte en lang rekke typer ytringer arbeidstaker kan komme med: Også arbeidstakers ytringer som relaterer seg til hans/hennes fagfelt, for eksempel som er bidrag i den generelle samfunnsdebatten vil kunne oppfattes som omfattet av temaet ansattes ytringsfrihet. Jeg vil imidlertid ikke gå inn på de alminnelige skranker for ansattes ytringsfrihet i større grad enn dette tjener til å kaste lys over varslerproblematikken.¹⁰ De grunnleggende hensyn for ansattes ytringsfrihet vil til en viss grad være sammenfallende med begrunnelsen for ansattes adgang til å varsle om kritikkverdige forhold. I så måte vil disse hensynene også være interessante for å belyse problemstillingen om ansattes varsling. I noen grad vil også rettspraksis som ikke dreier seg om ansattes varsling konkret, men ansattes ytringsfrihet generelt, bli drøftet for å fremheve hensyn og momenter som også gjør seg gjeldende i varslersakene.

Et forsøk på helt å isolere drøftelsen til kun å gjelde varslersituasjonen vil således antagelig ikke være mulig, og i alle fall ikke hensiktsmessig. Dette forsterkes også av at det begrepsmessig kan være vanskelig å skille mellom hva som er varsling, og hva som er utslag av ansattes politiske ytringsfrihet. Dette innebærer likevel at f.eks. spørsmål knyttet til ytringer i sammenheng med arbeidstakeres politiske engasjement, ikke vil bli behandlet i detalj.

⁹ Bl.a. lagt til grunn i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 133 siste avsnitt og av Jakhelln i Jakhelln, Henning: Ytringsfrihet i arbeidsforhold, Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodde og innsiktsfulle medarbeidere – eller krankebøtter, bråkmakere og angivere? TemaNord 2004:509 Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern. s. 3.

¹⁰ Se for eksempel Eckhoff, Smith: Forvaltningsrett. 6. utgave s. 146 flg. for en redegjørelse for offentlig ansattes ytringsfrihet innenfor sitt fagfelt.

Etter lovgivningen vil arbeidstaker i en del situasjoner ha en lovfestet plikt til å varsle offentlige myndigheter om kritikkverdige forhold ved virksomheten. En plikt til å varsle innebærer selvsagt også en adgang til å varsle. Varsling i kraft av en varslingsplikt vil således være innenfor ytringsfrihetens grenser, og vil heller ikke kunne være illojal. Eksempler på slik lovfestet varslingsplikt vil være arbeidstakers plikt til å varsle om feil og mangler på arbeidsplassen etter arbeidsmiljøloven § 2-3. Varslingsplikten her vil gjelde forhold relatert til det generelle arbeidsmiljøet, og ikke slike forhold som omfattes av varsling i denne oppgaven, og omhandler heller ikke den såkalte eksterne varslingen. Når det gjelder arbeidsmiljøet vil også verneombud kunne ha en varslingsplikt etter arbeidsmiljøloven § 6-2 tredje ledd, ved forhold som kan innebære ulykkes- eller helsefare. Et annet eksempel er helsepersonells plikt etter helsepersonelloven § 17¹¹ til å varsle tilsynsmyndigheter dersom det foreligger en mulig fare for pasienters sikkerhet. Ved kjennskap til enkelte alvorlige forbrytelser er det etter straffeloven § 139 en alminnelig plikt til etter å varsle politiet.¹² De forannevnte eksempler på det man kan kalle en varslingsplikt vil ikke bli behandlet nærmere i det følgende.

Videre oppstiller lovgivningen i en rekke tilfeller en taushetsplikt om opplysninger den ansatte innehar i kraft av sin stilling, for eksempel i helsepersonelloven § 21 og forvaltningsloven¹³ § 13.

Det kan imidlertid tenkes at lovfestet taushetsplikt kan bli tilsidesatt på grunn av de skranker som finnes for inngrep i ytringsfriheten i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10. Dersom den lovpålagte taushetsplikten er et urettmessig inngrep i ytringsfriheten vil ytringer i strid med taushetsplikten likevel være rettmessig. Praksis fra domstolene viser imidlertid at det skal mye til for at ytringer i strid med lovpålagt taushetsplikt likevel anses rettmessige. Her kan nevnes Hellebust-dommen, inntatt i Rt. 1979, s. 100, hvor en tidligere major ble dømt til 75 dagers betinget fengsel for å ha røpet opplysninger om norske

¹¹ Lov 2. juli Nr. 64 1999: Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

¹² Lov 22. mai Nr. 10 1902: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).

¹³ Lov 10 feb. 1967: Lov om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

militære etterretningsaksjoner fra finsk område rettet mot Sovjetunionen. Aksjonene lå 25 år tilbake i tid. Kyrre Eggen antyder at utfallet i saken muligens ville ha blitt et annet i dag.¹⁴ Det er verdt å merke seg at Eggen argumenterer for dette synet før vedtakelsen av Grl. § 100, som i alle fall ikke har svekket ansattes yringsfrihet, se avsnitt 2.3. Noen nærmere drøftelse av rammene for lovbestemt taushetsplikt ville ikke bli foretatt i det følgende.

En varslers vil ofte kunne bli utsatt for ulike typer aksjoner fra arbeidsgivers side. Spørsmål knyttet til straff for arbeidsgiver, slik dette reguleres i arbeidsmiljøloven kapittel 13 vil ikke bli behandlet. Jeg vil i noen grad drøfte spørsmål knyttet til rettsvirkninger av at gjengjeldelse etter varslings har funnet sted, herunder det generelle forbudet mot gjengjeldelse i aml. § 2-4 (2).¹⁵

1.4 Det generelle rettskildebildet

Ansattes yringsfrihet er nedfelt som en del av den generelle yringsfriheten i både Grunnloven § 100 og som en del av flere internasjonale konvensjoner om menneskerettigheter. Mest sentral av disse konvensjonene er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), som i artikkel 10 oppstiller et vern for yringsfriheten. EMK er gjort til gjeldende norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2.¹⁶ Både Grl. § 100 og EMK artikkel 10 vil således være sentrale bestemmelser ved en tolking av norsk ulovfestet rett om varslere.

¹⁴ Kyrre Eggen: Ansattes yringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, side 4.

¹⁵ Se kapittel 4.

¹⁶ Lov 21. mai Nr. 30 1999: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

I den uoffisielle norske oversettelsen heter det i EMK artikkel 10 (1) at ”enhver har rett til ytringsfrihet”.¹⁷ Inngrep i denne friheten kan kun gjøres innenfor de rammene som oppstilles i bestemmelsens annet ledd. Ved menneskerettsloven §§ 2 og 3 er konvensjonen gjort til en del av norsk rett, og skal ved motstrid ha forrang foran annen formell norsk lov. Det er også verdt å merke seg at praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) således vil kunne ha betydning for fortolkningen av intern norsk rett. Det er imidlertid antatt at vernet av ytringsfriheten mer vidtgående etter Grunnloven § 100 enn etter konvensjonsbestemmelsene, og derfor legges en drøftelse av § 100 til grunn i det følgende.

Av øvrige internasjonale konvensjoner kan først og fremst nevnes FNs konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003.¹⁸ Som fremgår av konvensjonens tittel vil dens virkeområde kun være en av de ulike situasjoner som vil kunne være kritikkverdige forhold i virksomheten. Etter konvensjonen skal statene bl.a. etter artikkel 8 nr. 4 legge til rette for at offentlige ansatte kan varsle om korrupsjon, og etter artikkel 33 vurdere tiltak for å unngå gjengjeldelser mot de som varsler om korrupsjon. Norske myndigheter anser forpliktelsene oppfylt i gjeldende norsk rett.

Videre har Norge undertegnet Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999.¹⁹ Også denne konvensjonen har et smalere virkeområde enn det som vil være aktuelt for en generell regulering av varsling. Konvensjonen skal sørge for at personer som har lidd skade som følge av korrupsjon skal ha effektive rettsmidler for å sikre sine interesser, blant annet skal arbeidstakere som varsler om korrupsjon vernes. Den vedtatte

¹⁷ Den engelske offisielle konvensjonsteksten lyder: ”Everyone has the right to freedom of expression.” Tilsvarende formulering fines også bl.a. i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, artikkel 19.

¹⁸ United Nations Convention against Corruption. Norge har ikke ratifisert konvensjonen. Regjeringen har i Ot.prp nr 53 (2005–2006) foreslått endringer i det norske regelverket med formål å kunne ratifisere konvensjonen.

¹⁹ Civil Law Convention on Corruption. Norge har ikke ratifisert konvensjonen. Regjeringen har sendt forslag om ratifisering på høring, med høringsfrist 15. januar 2006.

bestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 2-4 kan imidlertid reise spørsmål om norsk rett oppfyller konvensjonens krav, siden konvensjonens bestemmelse om dette er mer konkret enn lovbestemmelsen.²⁰ Særlig vil konvensjonens artikkel 9 kunne reise særskilte tolkningsspørsmål i forhold til aml. § 2-4. Etter artikkel 9 må nasjonal rett gi et hensiktsmessig vern for arbeidstakere som melder fra om korrupsjon til ansvarlige personer eller myndigheter. Forutsetningen er at varslingen skjer med grunnlag i rimelig mistanke og i god tro, og vernet gjelder ikke varsling til media. Vernet skal være mot uberettigede sanksjoner som f.eks. oppsigelse eller unnlatt forfremmelse som bygger på at den ansatte har varslet om korrupsjon.

I arbeidsmiljøloven av 1977 fantes det ingen særlige regler om ansattes ytringsfrihet, enn mindre var det noen generell regulering av varsleres rettigheter. Reguleringen av ansattes ytringsfrihet var derfor ulovfestet, utviklet gjennom rettspraksis og teori. I den nye arbeidsmiljøloven er det ikke tatt inn noen generell bestemmelse om ansattes ytringsfrihet, men § 2-4 oppstiller altså et særskilt vern for varslere. Den nye loven trådte i kraft 1.1.2006, men bestemmelsen om varslere fikk utsatt ikrafttredelse.²¹ Grunnen til den utsatte ikrafttredelse fremkommer i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), hvor regjeringen ga uttrykk for at den foreslåtte bestemmelsen kun var et skritt på veien mot en styrket ytringsfrihet for ansatte. I proposisjonen heter det:

”Departementet mener ... at det er behov for en nærmere utredning om regler for ansattes ytringsfrihet og lojalitetspliktens grenser før det eventuelt fremmes et lovforslag om dette. Departementet vil på denne bakgrunn sette i gang et arbeid med sikte på ytterligere regulering og vil komme tilbake til Stortinget med et eventuelt lovforslag.” (Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 134.)

²⁰ Se: Ansattes ytringsfrihet. Rapport avgitt av arbeidsgruppe i Arbeids- og sosialdepartementet, s. 25 siste avsnitt.

²¹ Aml. § 20-1 note 1.

Det ble så nedsatt en arbeidsgruppe av Arbeids- og sosialdepartementet, med det formål å komme frem til mulige tiltak som kan styrke de ansattes yringsfrihet. Arbeidsgruppen fremla sin rapport 21. desember 2005, med høringsfrist 23. mars 2006. Rapporten var en oppfølging av Grunnlovens nye § 100 og vedtagelsen av arbeidsmiljøloven § 2-4.²² Det var således en forutsetning ved vedtakelsen av arbeidsmiljøloven § 2-4 at ansattes yringsfrihet ble nærmere utredet, og at forslag til nye tiltak ble fremlagt for Stortinget i løpet av våren 2006. Betydningen av at bestemmelsen om varslere enda ikke er trådt i kraft, vil først og fremst være at det rettslige utgangspunktet for ansattes yringsfrihet, herunder varsling, fortsatt må baseres på ulovfestet rett, med Grunnloven § 100 og de internasjonale konvensjoner som tolkningsfaktorer. Det kan likevel argumenteres for, slik Jakhelln gjør, at bestemmelsen vil kunne ha betydning for eksempel ved fastlegging av saklighetskravet ved oppsigelse.²³

Det foreligger lite høyesterettspraksis om varsleres rettigheter.²⁴ Det meste av den rettspraksis som foreligger på området er underrettspraksis. I tradisjonell rettskildelære legges det til grunn at underrettspraksis har begrenset rettskildemessig vekt. Siden det foreligger lite Høyesterettspraksis vil jeg i oppgaven i en viss utstrekning likevel benytte meg av underrettspraksis for å belyse gjeldende rett. At dette er forsvarlig rettskildemessig støttes også av juridisk litteratur.²⁵

Siden det kan være en glidende overgang mellom de klare varslersakene til saker om ansattes yringsfrihet i mer tradisjonell forstand, vil rettspraksis som omhandler ansattes yringsfrihet generelt kunne være egnet til å belyse rettstilstanden når det gjelder varsling. I den grad jeg henter eksempler fra slik rettspraksis vil jeg fortløpende klargjøre dette.

²² Se kapittel 5 for nærmere drøftelse av forslagene til endring av § 2-4.

²³ Henning Jakhelln og Helga Aune: Arbeidsmiljøloven 2005—en introduksjon, side 34.

²⁴ Se imidlertid Telenor-dommen Rt. 2003 s. 1614.

²⁵ Se Eckhoff, Torstein: Rettskildelære (2001) s. 162.

For en forståelse av gjeldende rett vil videre forarbeider til grunnlovsrevisjonen i 2004, samt forarbeider til arbeidsmiljøloven være av betydning. I tråd med tradisjonell rettskildelære kan det legges til grunn at forarbeider kan ha en viss rettskildemessig vekt ved tolking av gjeldende rett.²⁶

²⁶ Jf. Eckhoff, Torstein: Rettskildelære, s. 70 flg.

2 Gjeldende rett om ansattes adgang til å ytre seg kritisk om forhold i virksomheten – varsling

2.1 Oversikt

Den nye bestemmelsen om en rett for arbeidstaker til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten i arbeidsmiljøloven § 2-4 er som nevnt ikke satt i kraft. Problematikken rundt varsling reiser kompliserte juridiske spørsmål, og det ble sett behov for en nærmere kartlegging av rettsområdet.²⁷ At bestemmelsen ikke er trådt i kraft betyr at verken arbeidstaker eller arbeidsgiver kan påberope seg bestemmelsen i en konkret tvist. Det kan imidlertid, som nevnt i foregående avsnitt, argumenteres for at bestemmelsen vil kunne ha betydning for eksempel der en domstol i en oppsigelsessak tar stilling til hvorvidt saklighetskravet er oppfylt. Likevel må utgangspunktet tas i rettstillingen for varslere slik denne er etter ulovfestede regler utviklet i rettspraksis og juridisk teori. For å avdekke hvordan gjeldende rett her er vil en vurdering av ytringsfriheten og lojalitetsplikten være avgjørende. Innledningsvis vil jeg ta for meg de hensyn som kan begrunne en adgang for arbeidstakere til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, samt de hensyn som ligger til grunn for begrensninger i denne adgangen. Videre vil jeg drøfte overordnede sider ved avveiningen mellom ytringsfriheten og lojalitetsplikten. Momentene i vurderingen av om varslingen er lojal etter gjeldende rett behandles i kapittel 3.

2.2 Hensyn

På et overordnet plan kan en adgang for ansatte til å ytre seg om kritikkverdige forhold i virksomheten begrunnes ut fra de samme hensyn som ligger til grunn for den generelle ytringsfriheten. Hvilke grenser som skal oppstilles for ansattes ytringsfrihet og varsling er ikke kun et forhold mellom den enkelte arbeidsgiver og den enkelte arbeidstaker, men

²⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 134 siste avsnitt.

omhandler spørsmål som har allmenn samfunnsmessig interesse.²⁸ Hensynene som begrunne ytringsfriheten kan uttrykkes å være sannhetshensyn, demokratihensyn og hensynet til personlig selvutfoldelse.²⁹ Her er det grunn til særlig å understreke samfunnets behov for en mest mulig åpen debatt, med deltagelse fra dem som best ”kjenner hvor skoen trykker”. Dette hensynet vil særlig gjøre seg gjeldende for offentlig ansatte.³⁰ Hensynet til arbeidstakers personlige selvutfoldelse innebærer at det har en egenverdi å kunne delta i den generelle samfunnsdebatten om forhold de gjennom sitt arbeid har særlig kunnskap om.

Når det gjelder adgangen til å varsle, finnes det i forarbeidene i tilknytning til revisjonen av Grl. § 100 i 2004 og vedtagelsen av ny arbeidsmiljølov i 2005 uttalelser som kan sies å begrunne denne. I forarbeidene til den reviderte Grl. § 100 uttales det:

”Ansettelsesforhold og arbeidsmiljø er i dag ansett som et offentlig anliggende, og i forlengelsen av det kan det argumenteres for at allmennheten har legitim interesse i et visst innsyn i forhold på den enkelte arbeidsplass. For den generelle demokratiske debatt om arbeidsmiljøspørsmål er det ikke nødvendigvis godt nok at kritikkverdige forhold kun blir gjort kjent for offentlig etablerte tilsynsorgan (f. eks. Arbeidstilsynet).” (NOU 1999: 27 s. 129 første spalte siste avsnitt).

Her legger Ytringsfrihetskommisjonen altså vekt på viktigheten at de kritikkverdige forhold ikke kun gjøres kjent for offentlige tilsynsorgan, men at allmennheten kan ha en legitim interesse i å bli informert om forholdene. Etter mitt syn må dette forstås som at det kan være grunnlag for å varsle eksternt til media eller andre for å motvirke usunne forretningsforhold og korrupsjon, og at dette gjelder både offentlig og privat ansatte.

²⁸ Jf. Jakhelln i Jakhelln; Henning: Ytringsfrihet i arbeidsforhold, Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodd og innsiktsfulle medarbeidere – eller kranglebøtter, bråkmakere og angivere? TemaNord 2004:509 Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern s. 4.

²⁹ Se Eggen Kyrre: Ytringsfrihet, s. 35 flg.

³⁰ Se også Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999: 27 s. 129 annen spalte første avsnitt.

Mot samfunnets behov for debatt og mulighet for å avdekke kritikkverdige forhold står arbeidsgivers legitime interesser. Først og fremst går disse ut på at den ansatte ikke urettmessig skal skade arbeidsgivers økonomiske interesser, eller unødig skade virksomhetens rykte. I forarbeidene til aml. § 2-4 uttrykkes det at samtidig som det er ønskelig å ivareta de hensyn som taler for adgang til å varsle er

”- viktig å ivareta hensynet til arbeidsgivere og de skadevirkninger negativ omtale kan ha for en virksomhet. Særlig bør arbeidsgivere ha et vern mot at ubegrunnede påstander kommer ut-.” (Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 132 annen kolonne fjerde avsnitt).

Disse hensynene blir for arbeidsgivers del søkt ivaretatt gjennom det arbeidsrettslige lojalitetsprinsipp, se avsnitt 2.4 nedenfor.

Hvor grensene for ansattes varsling går vil således bestemmes ut fra en avveining av disse til dels kryssende hensyn

2.3 Det rettslige utgangspunkt: Ansatte har fri rett til å ytre seg

Det rettslige utgangspunktet er at ansatte nyter det samme ytringsfrihetsvernet som alle andre. Videre må ansatte også tåle innskrenkning i sin ytringsfrihet i kraft av alminnelig lovgivning på lik linje med alle andre, så lenge disse innskrenkningene holder seg innenfor de rammer som Grunnlovens bestemmelser selv oppstiller. Utgangspunktet om den alminnelige ytringsfriheten, også for ansatte, følger for norsk retts vedkommende først og fremst av Grl. § 100, som i revidert form ble vedtatt av Stortinget 30. september 2004, med feiloppretting i grunnlovsbeslutning 3.3.2006.³¹

³¹ Feilopprettingen knyttet seg til uttrykket ”på andet grundlag end Kontrakt eller andet privat Retsgrundlag” i Grl. § 100 annet ledd, som ga grunnlag for tvil om i hvor stor grad ytringsfriheten ble innskrenket. Dermed ble uttrykket fjernet fra bestemmelsen, siden den ikke var ment å innskrenke ansattes ytringsfrihet.

Grunnlovsrevisjonen i 2004 bygget på Ytringsfrihetskommisjonens innstilling, avgitt i NOU 1999: 27 ”Ytringsfrihed bør finde Sted”. Av øvrige kilder for forståelsen av bestemmelsen vil i tillegg til Ytringsfrihetskommisjonens innstilling først og fremst regjeringen Bondeviks tilråding i St.meld. nr. 26 (2003–2004) og referat fra debatten i Stortinget være av interesse. Den endelige utformingen av bestemmelsen var et resultat av et kompromiss mellom flertallet og mindretallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité, slik at uttalelser fra deler av komiteen ikke nødvendigvis er retningsgivende for hvordan bestemmelsen skal forstås.

Det kan være grunn til å peke på at utgangspunktet oppstilles allerede i Grl. § 100 første ledd: ”Ytringsfrihed bør finde Sted.” Det mest interessante i forhold til Grunnloven § 100 er spørsmål om hva slags innskrenkninger som godtas i ytringsfriheten. Det er viktig å understreke at det er full ytringsfrihet som er utgangspunktet, og at det er *inngrep* i denne rettigheten som må særskilt begrunnes, ikke omvendt.³²

For ansattes ytringsfrihet vil først og fremst Grl. § 100 tredje være av betydning. Bestemmelsen lyder slik:

”Frimodige Ytringer om Statsstyrelsen og hvilkensomhelst anden Gjenstand ere Enhver tilladte. Det kan kun sættes slige klarlig definerede Grændser for denne Ret hvor særlig tungtveiende Hensyn gjøre det forsvarligt holdt op imod Ytringsfrihedens Begrundelser”

Tredje ledd omfatter den *politiske ytringsfriheten*. Annet ledd verner i praksis ytringer som ikke regnes som politiske etter tredje ledd, og oppstiller et vern mot inngrep basert på statens høyhetsrett, men ikke på bakgrunn av privat autonomi. Fordi den politiske ytringsfriheten ligger i kjerneområdet for ytringsfriheten stilles det særlig strenge vilkår for

³² Se St.mld. nr. 26 (2003–2004) s. 110–111 bokstav a og Jakhell, Henning: Whistleblowers. Om det foreslåtte forbudet mot gjengjeldelser mot arbeidstaker ”som på lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten”, s 10 og 11. Foredrag på Arbeidsmiljødagene i Trondheim 26. mai 2005.

inngrep i denne. Den politiske ytringsfriheten omfatter alle typer ytringer om tema av offentlig interesse. Dette gjelder både tema av politisk, samfunnsmessig, moralsk og kulturell art.³³ Dermed er det meste av de ytringer som er interessante i forhold til ansattes ytringsfrihet omfattet av bestemmelsen, herunder varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Spørsmålet er etter dette hva slags inngrep som kan godtas i medhold av Grl. § 100 tredje ledd.

For at et inngrep i ytringsfriheten vil stå seg i forhold til vernet etter tredje ledd må inngrepet skje innenfor klart definerte grenser, og ha ”særlig tungtveiende hensyn”. Spørsmålet som da reiser seg er hvorvidt kravet til ”klarlig definerte Grændser” innebærer krav om formell lov, eller om inngrep i ansattes ytringsfrihet med grunnlag i den ulovfestede (sedvanebaserte) lojalitetsplikten vil kunne godtas. Ytringsfrihetskommisjonen la til grunn at innskrenkning i ytringsfriheten på bakgrunn av sedvanerett ikke var utelukket.³⁴ Videre uttrykte saksordføreren det samme under debatten i Stortinget, gjengitt i Tidende S. (2003–2004) om endring av Grl. § 100 s. 3588. Etter min mening må det derfor kunne legges til grunn at kravet om at inngrepet i ytringsfriheten må være klart definert ikke utelukker inngrep på ulovfestet grunnlag. Dette er særlig aktuelt for den ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold, som er det viktigste grunnlaget for inngrep i ansattes ytringsfrihet.

For en nærmere forståelse av hvordan lojalitetsplikten kan gripe inn i ansattes ytringsfrihet er St.meld. nr. 26 (2003–2004) om endring av Grl. § 100 s. 107–111 av særskilt interesse. Her gjør Justisdepartementet rede for momenter av betydning for vurderingen av det lojalitetskrav som kan aksepteres i lys av Grl. § 100. Bl.a. uttaler departementet:

”Som et utgangspunkt bør bare ytringer som påviselig skader eller påviselig kan skade arbeidsgivers interesser på en unødvendig måte anses som illojale. Utgangspunktet bør

³³ Se NOU 1999: 27 s. 245 første kolonne annet avsnitt.

³⁴ Se NOU 1999: 27 s. 128 første kolonne fjerde avsnitt.

også være at det er arbeidsgiver som må bevise at virksomheten er påført eller kan påføres skade.”(St.meld. nr. 26 (2003–2004) s.110 andre spalte siste avsnitt.)

Det er ingenting i de etterfølgende forarbeider som tyder på at Stortinget ønsket å fravike denne rettsoppfatningen.³⁵ På denne bakgrunn må departementets uttalelse regnes som tungtveiende ved tolkningen av Grl. § 100 tredje ledd. Dette innebærer for det første at skaden eller skadepotensialet ikke bare må være ”påviselig”, men at denne skaden eller dette skadepotensialet må vurderes å være ”unødvendig” opp mot det varsleren søker å oppnå. For det annet vil bevisbyrden for at virksomheten er påført en faktisk eller potensiell skade grunnet ytringen påligge arbeidsgiver.³⁶

Jeg vil med styrke hevde at Stortinget ved grunnlovsrevisjonen i 2004 mente at ansattes ytringsfrihet skulle styrkes. Særlig kan dette støttes på uttalelser fra saksordfører Martin Engeset (H) under debatten i Stortinget om vedtakelsen av revidert Grl. § 100:

”[d]en Grunnlovsparagrafen vi får vedtatt i dag, vil måtte medføre en styrking av ytringsfriheten for ansatte. Det skal være lov å si ifra om uheldige forhold på arbeidsplassen, og ansatte i offentlig sektor skal selvsagt beholde sin ytringsfrihet fullt ut. Den praksis vi ser for eksempel i en del kommuner, om at ingen ansatte for lov til å ytre seg i media om nær sagt noe forhold som har med kommunens virksomhet å gjøre, er klart i strid med det vernet Grunnloven nå vil gi ansatte.” (Tidende S. (2003–2004) s. 3587 andre spalte andre avsnitt).

Angående varslere konkret uttalte saksordføreren følgende:

”Formuleringen i Grl. § 100 annet ledd skal ikke hindre ansattes mulighet til å si ifra om kritikkverdige forhold, enten i privat eller offentlig sektor, og såkalt ”whistleblowing” og

³⁵ Slik også arbeidsgrupperapporten, op.cit. s. 35 nest siste avsnitt.

³⁶ Kravet til skade som moment i lojalitetsvurderingen gjøres rede for i kapittel 3.

offentlig ansattes mulighet til å ytre seg innskrenkes heller ikke.” (Tidende S. (2003–2004) s. 3587 andre spalte fjerde avsnitt).

Dette må legges til grunn også ved den konkrete tolking av hvilke inngrep som kan godtas i adgangen til å varsle.

2.4 Lojalitetsplikten som begrensning for adgangen til å varsle

2.4.1 Grunnlaget for lojalitetsplikten

Som drøftet i avsnitt 2.3 ovenfor er lojalitetsplikten et særlig grunnlag som kan begrunne inngrep i ytringsfriheten. Det kan også tenkes andre grunnlag, basert på avtaleforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, for å innskrenke ansattes ytringsfrihet. Mulige grunnlag kan være selve oppfyllelsen av arbeidskontrakten, for eksempel habilitetskrav for dommere slik at det er begrensninger for hva de kan uttale om en sak eller arbeidsgiver pålegg om taushetsplikt basert på styringsretten. Av disse er i praksis begrensninger i ytringsfriheten basert på arbeidstakers lojalitetsplikt til arbeidsgiver mest aktuell, og det er derfor disse begrensninger som behandles i det følgende.

Partene i arbeidsforholdet er, på samme måte som andre kontraktsparter, forpliktet av et lojalitetskrav. At det foreligger et slikt alminnelig ulovfestet lojalitetskrav i arbeidsforholdet er lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori. I Rt. 1990 s. 607, uttaler Høyesterett: ”Det må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold.” (Rt. 1990 s. 607 på s. 614 femte avsnitt).³⁷

Som utgangspunkt kan man si at lojalitetsplikten for arbeidstaker går ut på at han lojalt skal fremme arbeidsgivers interesser, og avstå fra å skade disse interessene utilbørlig.

Lojalitetsplikten er begrenset i to retninger: For det første går ikke lojalitetsplikten lengre enn det som er nødvendig for arbeidsforholdet. For det andre kan det tenkes tilfeller der

³⁷ Jf. også Rt. 1996 s. 1401 og Rt. 1993 s. 300.

andre hensyn er mer tungtveiende enn lojalitetshensynet, og tilsidesetter dette.³⁸

Ytringsfriheten vil kunne være et slikt hensyn.

2.4.2 Lojalitet – overfor hvem?

For å kunne fastlegge innholdet av lojalitetsplikten i varslertilfellene vil det være av betydning hvem arbeidstaker har lojalitetsplikt overfor. Ansattes lojalitetsplikt består som nevnt i å ikke handle på en måte som urettmessig er i strid med arbeidsgivers interesser. Med arbeidsgiver må her forstås virksomheten *som sådan*, og ikke den enkelte overordnede, ledelsen eller deler av virksomheten.³⁹ Dermed vil ikke for eksempel overordnede i utgangspunktet nyte godt av lojalitetsplikten dersom en underordnet kritiserer vedkommende, i alle fall ikke slik at dette vil være illojalt i seg selv. På den annen side vil imidlertid slik kritikk kunne ramme arbeidsmiljøet i virksomheten, og dette vil kunne innebære et brudd på lojalitetsplikten.

Selv om det ikke er eksempel på en sak om varsling, kan Arbeidsrettens dom i ARD 1978 s. 65 her være illustrerende. Retten la her til grunn at det forhold at

”det fremsettes kritikk og endringsforslag kan vanligvis neppe ansees som brudd på gode samarbeidsforhold–”, men at ”kritikk og agitasjon fremføres på slik måte at de aller fleste av de øvrige arbeidstakere vender seg mot vedkommende, gir uttrykk for at de føler seg plaget eller at de solidariserer seg med de som føler seg plaget, og at hun for dem representerer et uromoment som gjør at mange overveier å slutte ved bedriften, da må det etter rettens oppfatning likevel være berettiget å si at samarbeidsforholdene blir brutt og at vedkommende ved sin atferd er skyld i ’meget sterk uro i bedriften’”. (s. 84 tredje avsnitt).

³⁸ Jf. Eggen, Kyrre: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 10 annet avsnitt.

³⁹ Dette legges til grunn bl.a. av Ytringsfrihetskommisjonen (NOU 1999: 27) s. 129 første kolonne tredje avsnitt. Se også Kyrre Eggen: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 10 og Arbeidsgrupperapporten op.cit., s. 42 nest siste avsnitt.

I juridisk teori er det lagt til grunn at det for offentlige ansatte i utgangspunktet vil være den enkelte etat som nyter godt av de ansattes lojalitetsplikt.⁴⁰ Imidlertid har offentlige ansattes lojalitetsplikt også en side mot forvaltningens hovedformål, som er å tjene allmennheten. I et tilfelle av konflikt mellom etatens og allmennhetens interesser, vil hensynet til allmennhetens interesser måtte gå foran etatens interesser i snever forstand.

Når det gjelder lojalitetsplikten for ansatte i privat sektor er det i juridisk teori reist spørsmål om lojalitetsplikten her skal tjene aksjonærer, hovedaksjonær(er), styret, styreleder eller administrerende direktør.⁴¹ Bakgrunnen for at denne problemstilling reises, er at de ovenfor nevnte grupper ikke alltid vil ha sammenfallende interesser, slik at f.eks. styrets og aksjonærers interesser vil kunne stride mot hverandre. Kyrre Eggen har lagt til grunn at det i bunn og grunn er virksomhetens eiere lojalitetsplikten skal ta hensyn til.⁴² Dette innebærer at det for ansatte, i den grad det oppstår interessekonflikter mellom aksjonærer og selskapets ledelse, vil være best i tråd med lojalitetsplikten å prioritere eiernes interesser.

Jeg mener det foreligger sterke grunner for å være enig i utgangspunktet om at lojalitetsplikten retter seg mot eierne. Det er best i tråd med utgangspunktet om at lojalitetsplikten retter seg mot virksomheten som sådan om man sier at dette er eierne av virksomheten, siden det er disse som må antas å ha sterkest interesse i at virksomhetens drives innenfor lovlige og etisk forsvarlige rammer. Det vil være vanskeligere å forestille seg situasjoner der virksomhetens ledelse har interesser i tråd med virksomheten som sådan, men eierne ikke har det, enn den motsatte situasjon.

⁴⁰ Eggen, Kyrre: op.cit. s. 11 siste avsnitt.

⁴¹ Jakhelln, Henning: Whistleblowers. Om det foreslåtte forbudet mot gjengjeldelser mot arbeidstaker ”som på lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten”. Foredrag på Arbeidsmiljødagene i Trondheim 26. mai 2005, s. 4.

⁴² Eggen, Kyrre: op.cit. s. 10 fjerde avsnitt.

2.4.3 Lojalitetsplikten for ansatte i offentlig og privat virksomhet

Det vil kunne være et spørsmål i hvilken grad lojalitetsplikten er forskjellig for offentlig og privat ansatte. I utgangspunktet er det ikke grunnlag for å skille systematisk mellom offentlige og privat ansattes ytringsfrihet i den konkrete avveining mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt. Verken Grunnloven § 100 eller gjeldende rett om lojalitetsplikten kjenner noe slikt systematisk skille. Det kan også bemerkes at arbeidsmiljøloven gjelder for både privat og offentlig ansatte.⁴³ Likevel vil hensynet til type virksomhet kunne slå ulikt ut i den konkrete avveiningen. For eksempel kan det hevdes at offentlige ansatte tjener de offentlige interesser på en annen måte enn private. Allmennhetens behov for informasjon om offentlig ressursbruk mv. tilsier at offentlige ansatte har videre adgang til å ytre seg om slike forhold enn det som vil være tilfellet for ansatte i det private før lojalitetsplikten slår inn som begrensning for ytringsfriheten. På den annen side kan det tenkes at offentlig ansatte i kraft av å tjene offentlige interesser i en del tilfeller vil måtte avfinne seg med en snevrere adgang til å ytre seg i strid med arbeidsgivers interesser enn tilfellet vil være for privat ansatte. Dette vil gjelde i større grad jo nærmere den offentlig arbeider tett på politisk ledelse eller lignende. Identifikasjonsfaren mellom den ansatte og ledelsen kan hevdes å være større for offentlig enn for privat ansatte, eller i alle fall å ha større konsekvenser for offentlige interesser enn tilsvarende identifikasjonsfare ville kunne ha for private interesser.⁴⁴

Som Kyrre Eggen påpeker kan det imidlertid tenkes at grensene mellom ytringsfriheten for ansatte i det offentlig og private i større grad enn tidligere utviskes, gitt den stadig økende kommersialiseringen av de offentlige tjenester.⁴⁵

⁴³ Se Eckhoff: Forvaltningsrett, s. 146 flg. om innholdet av lojalitetsplikten for offentlige ansatte.

⁴⁴ Se nærmere om identifikasjonsmomentet i kapittel 3 nedenfor.

⁴⁵ Eggen, Kyrre: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 9.

Etter mitt syn er det lite som taler for å skille mellom offentlige og private ansatte i vurderingen av om varslingen anses å innebære brudd på lojalitetsplikten. Ansatte i privat og offentlig sektor vil dels ha funksjoner knyttet til sin stilling som tilsier en lik vurdering av adgangen til å ytre seg, dels vil denne vurderingen slå ulikt ut internt i de ulike grupper. Det kan imidlertid tenkes at det bør oppstilles i alle fall et teoretisk skille mellom det man kalle åpne og lukkede virksomheter, på tvers av sontringen mellom privat og offentlig ansatte.⁴⁶ Det kan argumenteres for at ansatte i virksomheter med oppgaver tett knyttet til allmennhetens interesser, for eksempel NRK, vil ha en mer vidtrekkende adgang til å informere offentligheten om kritikkverdige forhold enn en ansatte i virksomheter som ikke knyttes til oppgaver av interesse for allmennheten, for eksempel produksjonsbedrifter. Jeg mener imidlertid at lite taler for kategorisk å innføre et slikt skille. Også i virksomheter som normalt ikke fanger allmennhetens interesse er det av samfunnsmessig stor betydning å få kjennskap til forretningspraksis som i de ytterste forhold kan tenkes å være ulovlig eller grovt forretningsetisk uforsvarlig. Hensynet til å beskytte arbeidsgivers legitime interesser vil være ivaretatt av de momenter som oppstilles for den konkrete helhetsvurderingen av ytringen.

Oppsummeringsvis kan altså utgangspunktet sies å være at det ikke er noe systematisk skille mellom offentlige og privates ytringsfrihet.

2.5 Innholdet i avveiningen mellom varslings og lojalitetsplikt

Utgangspunktet for den konkrete avveiningen mellom de ulike hensyn må være at det er ønskelig sett fra samfunnets side at ansatte deltar i den offentlige debatt, samt sier i fra om uheldige og kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. I den konkrete sak må hensynene bak lojalitetsplikten veies mot hensynene bak ytringsfriheten for å avgjøre om en ytring er lovlig. Ytringsfriheten er som nevnt en menneskerettighet, mens lojalitetsplikten er basert på ulovfestet rett. Også dette tilsier ut fra lex superior-prinsippet at lojalitetsplikten

⁴⁶ Se Iselin Bauer: Bør det i norsk rett innføres regler om arbeidstakers rett til å informere om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen. (Oslo 2001), s.

underordnes de hensyn som ligger bak ytringsfriheten, slik at ytringsfriheten vil begrense lojalitetsplikten. Illustrerende for dette utgangspunktet er for så vidt Sivilombudsmannens uttalelse i Qvigstad-saken.⁴⁷ På prinsipielt grunnlag uttaler Sivilombudsmannen:

”Avveiningen mellom lojalitetsplikten og tjenestemannens ytringsfrihet må avgjøres etter en konkret, skjønnsmessig vurdering av de kryssende hensyn. I lys av det vern ytringsfriheten har, både i Grunnloven § 100, EMK art. 10 og SP art. 19, som en grunnleggende demokratisk rettighet, må det kreves at det foreligger reelle og tungtveiende hensyn knyttet til den aktuelle virksomhetens interesser for at ytringsfriheten skal kunne begrenses.”

Dette utgangspunktet kan legges til grunn generelt, også for privat ansatte. Innholdet i den konkrete vurderingen tar jeg for meg i kapittel 3 nedenfor. Enkelte momenter i vurderingen angår innholdet av ytringen som sådan, mens andre gjelder den form ytringen tar.

Når det gjelder varslersakene ”vil vurderingstemaet i hovedsak være om arbeidstaker har saklig grunnlag for kritikken og om arbeidstaker har tatt tilbørlig hensyn til arbeidsgivers legitime interesser med hensyn til måten det varsles på. Begrensningene må være saklig begrenset til det som er nødvendig for at arbeidstakeren skal oppfylle sin arbeidsforpliktelse.”⁴⁸

Grensene for ansattes ytringsfrihet og lojalitetsplikten vil være sammenfallende. Dette kan uttrykkes slik at ansattes lojalitetsplikt ikke vil strekke seg lenger enn det rammene for ansattes ytringsfrihet tilsier.

⁴⁷ Uttalelse i sak nr. 2002–0021, inntatt i Sivilombudsmannens årsmelding for 2002 s. 66. Se nærmere om saksforholdet i avsnitt 3.3.

⁴⁸ Arbeidsgrupperapporten op.cit. s. 41, jfr. Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005–436.

2.6 Gjelder lojalitetsplikten i varslersakene?

Etter sitt innhold er lojalitetsplikten ment å tilgodese arbeidsgivers beskyttelsesverdige interesser. I de tilfellene hvor arbeidstaker varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, vil dette kunne dreie seg om til dels uetiske og lovstridige sider ved virksomheten. Det kan hevdes at illojalitet forutsetter at arbeidsgivers *legitime* interesser blir skadet eller det er risiko for at disse skades. Korrump, ulovlig, umoralsk, eller annen skadelig aktivitet, er ikke en legitime interesser som fortjener beskyttelse av lojalitetsplikten.⁴⁹

Både samfunnet og den enkelte virksomhet som sådan vil ha en interesse av at virksomheter drives innenfor lovlige og aksepterte rammer. Lojalitetsplikten beskytter virksomheten som sådan, og ikke enkeltpersoner eller ledelse i bedriften.⁵⁰ Virkningen av dette kunne tenkes å være at lojalitetsplikten som sådan ikke er noen begrensning for ”whistleblowing”. Helt dekkende vil dette likevel ikke være. Det ville ikke være holdbart om arbeidstaker fritt kunne varsle for eksempel media om ethvert forhold denne anser som kritikkverdig uten risiko for å bli møtt med reaksjoner fra arbeidsgivers side grunnet illojalitet. Derfor må det også i varslertilfellene oppstilles krav til blant annet aktsomhet med hensyn til holdbarheten av de påståtte forhold og måten det varsles på. Dette kan illustreres med Høyesteretts avgjørelse i den såkalte Telenor-dommen, Rt. 2003 s. 1614. Her la Høyesterett avgjørende vekt på at den ansatte hadde kommet med beskyldninger om alvorlig økonomisk kriminalitet mot navngitte personer i ledelsen. Disse beskyldningene, som den ansatte hadde sendt i e-post til en rekke adressater, ble ansett å savne grunnlag i reelle forhold. Høyesterett anså derfor avskjeden av arbeidstakeren som rettmessig. Høyesterett uttrykte dette slik i Telenor-dommen:

”A [den avskjedigede arbeidstakeren, min tilføyelse] har fremhevet at en `whistleblower` – en våken medarbeider med en kritisk holdning som tør å si ifra– representerer en verdi både

⁴⁹ Jf. Eggen, Kyrre: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 19 avsnitt 5.5.

⁵⁰ Jf. avsnitt 2.4 ovenfor.

for bedriften og for samfunnet. Dette er jeg ikke uenig i. Derfor må man innen rommelige grenser akseptere kritiske ytringer både innad i en bedrift og utad... Men ytringsfriheten kan ikke i denne saken etablere noe vern mot reaksjoner fra en arbeidsgiver når ytringene rettet mot ledende medarbeidere om alvorlige straffbare forhold helt savner grunnlag i reelle forhold.” (Rt. 2003 s. 1614, avsnitt 46).

På bakgrunn av den siterte uttalelse kan det være grunnlag for å stille spørsmålet hva Høyesterett har ment med formuleringen om ytringer som ”helt savner grunnlag i reelle forhold”. Jeg mener det vil være nærliggende å anta at Høyesterett her har ment å innrømme arbeidstakere et visst spillerom når det gjelder feilslutninger knyttet til omfang og alvorlighetsgrad av de kritikkverdige forhold det varsles om. Formuleringen tyder på at påstandene om kritikkverdige forhold ikke bare må være delvis uriktige, men være grunnløse for at det skal gi grunnlag for reaksjoner fra arbeidsgivers side. Dette kan knyttets opp mot aktsomhetskravet, som behandles i avsnitt 3.6 nedenfor. I arbeidsgrupperapporten uttrykkes dette noe svakere:

”I forhold til varsling må uttalelsene i utgangspunktet i det vesentlige være holdbare med hensyn til de faktiske forhold. Om det skulle være mindre unøyaktigheter eller unøyaktighet på mindre vesentlige punkter, kan ikke være avgjørende.”⁵¹

Selv om det kan se ut som om arbeidsgruppen oppstiller et noe snevrere spillerom for feilslutninger forbundet med de kritikkverdige forhold, mener jeg det er grunn til å legge avgjørende vekt på Høyesteretts uttalelse i Telenor-dommen.

På den andre siden kan man stille spørsmålet i hvilken grad det noen gang vil være illojalt å varsle om forhold som senere bevises å faktisk foreligge. Det kan for eksempel her tenkes en arbeidstaker som varsler myndighetene om korrupsjon i virksomheten. Dersom et slikt forhold i ettertid blir ansett bevist, er det svært tvilsomt om domstolene vil godta en

⁵¹ Arbeidsgrupperapporten op.cit. s. 50 andre avsnitt.

reaksjon fra arbeidsgiver overfor den ansatte på bakgrunn av illojalitet. Dette må gjelde selv om den ansatte for eksempel har unnlatt å varsle internt først.

Etter min mening kan det derfor hevdes at lojalitetsplikten setter enkelte grenser for ansattes ytringsfrihet også i de tilfeller der det varsles om korrumpert eller ulovlig aktivitet mv. Vektleggingen av ytringsfriheten i forhold til lojalitetsplikten vil imidlertid antagelig bli en annen der en ansatt ytrer seg om kritikkverdige forhold i virksomheten enn i forhold til situasjoner hvor den ansatte ytrer seg om andre forhold. Ytringsfriheten ivaretar hensynet til samfunnets behov for informasjon og åpen debatt. Samfunnet vil ha en åpenbar interesse i få kjennskap til den type forhold som varsling gjelder. Likevel vil ikke kritikkverdige forhold i en virksomhet gravlegge lojalitetsplikten.

3 Gjeldende rett: Momenter til vurderingen av om en varslingen er lojal

3.1 Oversikt

Basert på rettspraksis og juridisk teori vil den konkrete skjønnsmessige helhetsvurderingen av om en ytring er å anse som illojal baseres på de momentene som det gjøres rede for i det følgende. Dersom en ytring etter denne vurderingen er å anse som lojal vil den følgelig ligge innenfor grensene for arbeidstakers ytringsfrihet. Ytringen vil derfor ikke være et rettmessig grunnlag for sanksjoner eller gjengjeldelse fra arbeidsgivers side. I motsatt fall, dersom ytringen blir vurdert til å innebære illojalitet fra arbeidsgivers side, vil den innebære et brudd på arbeidsavtalens plikter og således berettigte sanksjoner fra arbeidsgiver, som oppsigelse eller avskjed.⁵² Arbeidsgiver er imidlertid underlagt begrensninger i anvendelsen av sanksjoner. Mest aktuelt er saklighetskravet i oppsigelsessaker, jf. aml. § 15-7, og forbudet mot trakassering i aml. § 4-3 (3).

I fortsettelsen legger jeg til grunn at ytringer av politisk karakter og ytringer som har karakter av varslings vil vurderes ut fra de samme momenter i den konkrete helhetsvurderingen, se begrunnelsen for dette i avsnitt 1.3 ovenfor. Varslingsakenes karakter gjør imidlertid at enkelte momenter særskilt vil gjøre seg gjeldende i disse sakene. Disse gjøres rede for i avsnitt 3.5–3.9 nedenfor.

Det må også bemerkes at momentene i helhetsvurderingen har blitt utviklet i rettspraksis og juridisk teori før vedtagelsen av den endrede GrL. § 100 i 2004 og 2006. Hva slags virkninger dette har er som nevnt ikke helt klart. Det legges imidlertid til grunn at lovgiver har ønsket å styrke ansattes ytringsfrihet. Hvor langt grensene for ansattes ytringsfrihet er flyttet er imidlertid vanskeligere å si noe om før domstolene har prøvet dette konkret.

⁵² Merkes kan f.eks. tjenestemannsloven § 14, som regulerer ordensstraff.

Rettspraksis og juridisk teori fra før grunnlovsrevisjonen vil likevel være relevant for å belyse hvordan momentene i vurderingen har blitt lagt til grunn i praksis.

3.2 Påviselig unødvendig skade eller risiko for skade for arbeidsgiver

Et minstekrav for at en ytring skal anses å innebære et brudd på arbeidstakers lojalitetsplikt, og således kunne være gjenstand for reaksjoner fra arbeidsgivers side, er at ytringen innebære en skade eller risiko for skade på arbeidsgivers (legitime) interesser. I NOU 1999: 27 uttaler Ytringsfrihetskommisjonen at

”[d]et vil være mer i tråd med de allmenne prinsipper for begrensninger i ytringsfriheten om det stadfestes - som et minstekrav - at bare ytringer som påviselig unødvendig skader arbeidsgiver, som arbeidsgiver, kan ansees som illojale.” (NOU 1999: 27 s. 129 første spalte tredje avsnitt.)

Som skade må her forstås både det rene direkte tap som for eksempel ytringer som fører til at et selskap faller i verdi eller tap av kunder, og mer avledet og indirekte skade som negativ publisitet og dårligere forhold til kunder og forretningsforbindelser.

At også ytringer som retter seg mot andre enn arbeidsgiver kan skade arbeidsgivers interesser og innebære illojalitet legges til grunn av Høyesterett i Telenor-dommen. Høyesterett uttalte her bl.a. følgende:

”Når grove brudd på lojalitetsplikten kan være avskjedsgrunn, er det i regelen tale om brudd som rammer arbeidsgiveren. I dette tilfellet hadde As uttalelser brodd mot andre, ledelsen i Telenor Mobil AS og ledere i Telenorkonsernet. Men selv om de beskyldninger og den kritikk som A fremsatte, ikke direkte var rettet mot X AS, kan det ikke være tvilsomt at han utviste en adferd som hans arbeidsgiver med rette må ha følt et sterkt behov for å få satt en stopper for. Dels legger jeg her vekt på at Telenor Mobil AS var en forretningsforbindelse som arbeidsgiveren også i fremtiden ønsket å ha et samarbeide med.” (Rt. 2003, s. 1614 avsnitt 45.)

Det vil raskt oppstå et spørsmål om hvorvidt arbeidsgiver må påvise at faktisk skade er påført, eller om påvist *risiko for skade* er tilstrekkelig. Vurderingen av dette vil bero på hvorvidt man har fokus på handlingen/ytringen som sådan, eller på resultatet av denne. Det kan argumenteres for at arbeidsgiver ikke rettmessig kan reagere mot en ytring som ikke har medført skade, nettopp siden ingen skade er skjedd. Gulating lagmannsretts dom av 5. mars 2002, publisert i RG 2002 s. 780, gir støtte for et slikt syn. Saken gjaldt en sak hvor en kokk på et fartøy hadde blitt oppsagt etter et leserinnlegg som arbeidsgiver mente kunne skade forholdet til en forretningsforbindelse. Retten uttrykte at kokkens opptreden ikke kunne forstås som en generell kritikk av forretningsforbindelsen (Statoil), og at det derfor var ”lite sannsynlig at ytringen på noen vesentlig måte skulle kunne ha skadelig innvirkning på forholdet generelt mellom rederiet og Statoil.” Når dette ikke var tilfellet, legger lagmannsretten følgende vurdering til grunn, etter å ha slått fast at leserinnlegget skapte noe intern uro:

”Derimot er det etter lagmannsrettens vurdering ikke godtgjort at leserinnlegget har vært egnet til å skade rederiets forhold til Statoil, i hvert fall ikke på noen måte som berettiger reaksjon i form av oppsigelse av arbeidsforholdet”. (RG 2002 s. 780 på s. 784.)

Hvorvidt denne dommen er uttrykk for gjeldende rett kan være usikkert, siden dommen er en underrettsdom. Det er et fast utgangspunkt i norsk rettskildelære at det er kun Høyesteretts dommer som vil kunne ha prejudikatsvirkning.⁵³ Så vidt meg bekjent har imidlertid ikke Høyesterett uttalt seg om dette spørsmålet. Dommen i RG 2002 s. 780, må i så måte i alle fall kunne sies å gi støtte for et argument om at det kun er den faktiske skade som skal vektlegges, altså ikke kun en urealisert risiko for skade.

Mot dette synet kan man hevde at vurderingen av om en ytring er illojal eller ikke dreier seg om en vurdering av nettopp handlingen, vurdert ut fra handlingstidspunktet.⁵⁴

⁵³ Jfr. Torstein Eckhoff. Rettskildelære. 5. utgave Jan E. Helgesen, 2001, s. 159–160.

⁵⁴ Se Kyrre Eggen: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 12.

Arbeidstaker vil på handlingstidspunktet ikke kunne forventes å ha full oversikt over de mer eller mindre skadevoldende konsekvenser en ytring vil kunne ha. Det er for eksempel ikke i den ansattes makt å avgjøre hvorvidt en avis velger å trykke et leserinnlegg eller ikke, eller i hvilken grad media velger å forfølge opplysninger en ansatt har gitt dem. Dersom for eksempel den lokale radiostasjonen velger å ikke sende på lufta et intervju med en ansatt som i sterke ordelag kritiserer virksomhetens ledelse, er dette konsekvenser den ansatte ikke er herre over. Således vil ytringen kunne innebære illojalitet, selv om den ikke skader arbeidsgivers interesser. Tilsvarende ville det ikke vært rimelig dersom den ansatte måtte bære risikoen for medias eventuelle feilsitering eller ”skandaleoppslag” basert på løsrevne uttalelser, selv om dette skulle medføre negativ publisitet for virksomheten. Det riktige må være å legge til grunn alminnelige påregnelighetskriterier, slik at kun risiko for skade arbeidstaker må regne med kan inntre vil kunne legges denne til last.⁵⁵

I denne risikovurderingen bør ikke en hvilken som helst skaderisiko medføre at ytringen innebærer illojalitet, slik at det her ses bort fra den rent bagatellmessige skaderisiko.⁵⁶ At ytringens *faktiske skadeevne* tillegges vekt fremgår også av rettspraksis. Det kan her vises til dommen i RG. 2002 s. 780, overfor sitert. Lagmannsretten la vekt på ytringens skadeevne når den etter å ha pekt på at den ansattes ytring ikke sannsynlig innebar at uttalelsen innebar noe uttrykk for virksomhetens syn på forretningsforbindelsen uttaler: ”På den bakgrunn fremstår det som lite sannsynlig at ytringen på noen vesentlig måte skulle kunne ha skadelig innvirkning på forholdet generelt mellom rederiet og Statoil.” (RG 2002, s. 780 på side 784.)

Hålogaland lagmannsretts dom av 6. mars 1996 gjaldt spørsmål om avskjed for en an ansatt ved et teater som overfor media hadde kritisert arbeidsgiver, bl.a. med sterk kritikk av teatersjefen. Lagmannsretten fant at det ikke forelå grunnlag for avskjed, men at avskjeden var å anse som en gyldig oppsigelse. I dommen ble det lagt vekt på den sårbare situasjon

⁵⁵ Arbeids- og sosialdepartementets arbeidsgrupperapport Ansattes ytringsfrihet 21. desember 2005, s. 44.

⁵⁶ Kyrre Eggen: op.cit. s. 12 og arbeidsgrupperapporten op.cit. s. 44.

virksomheten var i ved den avskjedigede ansattes sterkt kritiske uttalelser til media, og at det fra annet hold etter publisiteten i saken ble jobbet for at virksomheten skulle legges ned:

”Videre har lagmannsretten lagt vekt på at Nordland Teater var og er en sårbar organisasjon. Bevisførselen viser at det har vært strid om teatrets eksistens, og i forbindelse med den publisitet denne saken i sin tid førte til, ble det fra andre teatre arbeidet for at Nordland teater skulle legges ned. Dette gjør As utspill ytterligere alvorlige”.(Hålogaland lagmannsretts dom LH-1995-00353)

Lojalitetsplikten vil antagelig gå lenger i tilfeller der ytringen har stor skadeevne. Dette vil eventuelt innebære at den ansatte må utvise større aktsomhet med hensyn til opplysningenes grunnlag i reelle forhold der han innser/må innse at de opplysninger om de forhold han velger å varsle om vil kunne innebære at arbeidsgivers interesser i vesentlig grad vil kunne skades. Se avsnitt 2.3.6.6. for en nærmere drøftelse av aktsomhetskravet.

Spesielt for varslersakene kan det bemerkes, som kommentert i avsnitt 2.4, at lojalitetsplikten kun vil beskytte beskytter arbeidsgivers *legitime* interesser. Skade eller risiko for skade på arbeidsgivers *illegitime* interesser vil således ikke beskyttes. At en våken ansatt for eksempel offentliggjør opplysninger om virksomhetens ulovlige utslipp, kan ikke arbeidsgiver rettmessig avskjedige den ansatte grunnet illojalitet. Virksomhetens interesse i å unngå miljøbøter og dyrere produksjonsmetoder er ikke en beskyttelsesverdig interesse som bør føre til at illojalitetsstempelet settes på en ansatt som våger å si ifra. Det må likevel bemerkes at også arbeidsgivers legitime interesser vil kunne skades ved varsling, særlig der de kritikkverdige forhold varslingen gjelder mangler grunnlag i reelle forhold.

Utgangspunktet for vurderingen av om ytringen medfører skade på arbeidsgivers interesser må være at den har sammenheng med virksomhetens interesser. Det skal i alle fall mer til for å si at en ytring som omhandler forhold helt utenfor arbeidsgivers sfære, for eksempel

ytringer av ren privat art om generelle samfunnsforhold, er illojale enn dersom det dreier seg om forhold knyttet til virksomheten.

Det bør videre ved en vurdering av om arbeidsgivers interesser er utsatt for skade eller risiko for skade legges vekt på om ytringen gjelder forhold innenfor eller utenfor den ansattes eget fagfelt. Ved ytringer om forhold den ansatte antas å ha særlige kunnskaper om vil virkningen, skadeevnen, være presumptivt større enn ved ytringer om andre forhold.⁵⁷ Dette tilsier at lojalitetsplikten strekker seg lengre, og dermed ytringsfriheten noe kortere, i de førstnevnte tilfeller. Dette må videre forstås slik at det også innenfor en virksomhet vil nyanseres mellom de tilfeller der den ansatte ytrer seg om forhold i egen avdeling eller etat, og der ytringen gjelder andre deler av virksomheten. Illustrativt er her Sivilombudsmannens uttalelse som er kommentert under punkt 2.3.3. Sivilombudsmannen tiller her det forhold at læreren uttalte om forhold i andre etater enn skolesektoren vekt, noe som tyder på at skadevirkningen her ble ansett å være mindre.

Dersom ytringen er i strid med virksomhetens kjerneverdier, og kan risikere å skade disse, vil den lett bli ansett for å være illojal. Et eksempel fra Den Europeiske Menneskerettighetskommisjonen, omtalt av Eggen⁵⁸, er den såkalte Rommelfangersaken⁵⁹, som omhandlet oppsigelse av en lege ved et katolsk sykehus. Legen hadde offentlig gitt uttrykk for et syn på abort som stred mot den katolske kirkes syn. Kommisjonen fant at legens ytringsfrihet her måtte stå tilbake for lojalitetsplikten til arbeidsgiver. Den katolske kirkes mulighet for å fremme sine ideelle synspunkt på en effektiv måte måtte her tilsi at den ansattes ytringsfrihet ble innskrenket.

Etter dette vil man kunne si at utgangspunktet er at ytringer som ikke skader arbeidsgivers interesser ikke vil kunne være illojale.

⁵⁷ Jfr. Også Ansattes ytringsfrihet. Arbeidsgrupperapport, op.cit. s. 44.

⁵⁸ Kyrre Eggen: op.cit. s. 12

⁵⁹ Application no. 12242/86, Descisions and Reports 62 side 151.

3.3 Den ansattes stilling og posisjon – identifikasjonsfaren med arbeidsgiver

Videre vil det i vurderingen av hvorvidt arbeidstakers ytring er illojal eller ikke være av betydning hva slags stilling og funksjon han har i virksomheten. Det må antas at lojalitetsplikten i større grad vil være en begrensning for uttalelser fra personer i ledende stillinger enn fra andre. En grunn til dette er at en person i ledende stilling må antas å ha større sjanse for å nå frem med sine synspunkter internt i virksomheten, uten å måtte offentliggjøre disse. Videre, og det er kanskje enda viktigere, vil en person i en ledende stilling lettere kunne bli identifisert med virksomheten som sådan, slik at den ansattes synspunkt kan bli tatt for å være virksomhetens syn. *Identifikasjonsfaren* vil altså kunne gjøre at ledere må tåle enn mer begrenset ytringsfrihet enn andre – prisen for å sitte nær ledelsen er mindre ytringsfrihet.

At også en *indirekte identifikasjonsfare* kan medføre begrensninger i hva en ansatt kan uttale seg om legges til grunn i Sivilombudsmannens uttalelse i den såkalte Qvigstad-saken, sak nr. 2002-0021. Saken gjaldt Lasse Qvigstad, som mens han arbeidet som justisråd ved ambassaden i Washington, ønsket å trykke en aviskronikk som kritisk analyserte de amerikanske tiltakene etter terrorangrepene i september 2001. Qvigstad ble pålagt å ikke trykke kronikken, bla. Sett hen til den spente internasjonale situasjonen og faren for at hans syn kunne bli oppfattet som offisiell norsk stillingtagen. Selv om denne saken dreide seg om skrankene for en offentlig ansatt til å uttale seg kritisk i strid med den politiske ledelses interesser, mener jeg den illustrerer at enkelte typer ansatte må tåle en mer vidtgående begrensning i ytringsfriheten enn andre ansatte der det foreligger fare for at kritikken kan oppfattes å være virksomhetens standpunkt. Antagelig må dette også gjelde i varslersakene.

Videre vil sondres mellom arbeidsoppgaver av politisk art, og arbeid av mer faglig pregede arbeidsoppgaver. Det er lagt til grunn at ytringsfriheten der arbeidsoppgavene er av mer faglig karakter vil strekke seg lengre enn der arbeidstaker eksempelvis sitter nær politisk

ledelse eller sekretariat.⁶⁰ For eksempel vil ansatte i departementer som sitter nær den politiske ledelse måtte tåle at deres adgang til å uttale seg i strid med ledelsen i politiske spørsmål være snever. I motsatt fall ville forvaltningens legitimitet i forhold til offentligheten lett kunne bli undergravet. Samtidig er det viktig at også offentlige ansatte, der disse har arbeidsoppgaver av mindre politisk preget art, offentlig uttrykker sitt syn på sine respektive fagfelt. Også hensynet til en opplyst samfunnsdebatt, som er et hensyn som begrunner ytringsfriheten, tilsier at ansatte med spesiell faglig kompetanse skal ha en ustrakt adgang til å ytre seg om forhold relatert til sitt arbeidsfelt. På den annen side vil det antagelig kunne bli oppstilt strengere krav til aktsomhet med hensyn til opplysningenes riktighet der hvor fagpersoner uttaler seg. Dette må være riktig, siden disse normalt vil ha større gjennomslagskraft overfor media mv. enn andre. Derfor vil også skadepotensialet være større ved fagpersoners uttalelser. Det at man uttaler seg som fagperson vil med andre ord ha en dobbel konsekvens: For det første vil ytringsfriheten i utgangspunktet kunne være større for disse. For det andre vil man antagelig stille større krav til aktsomhet i forbindelse med ytringen.

Enkelte grupper ansatte har i kraft av sin stilling og funksjon en vidstrakt rett til å ytre seg. Særlig vil dette gjelde ombudsmenn, universitets- og høyskoleansatte, bedriftsleger og tillitsvalgte. For sistnevnte gruppe vil dette gjelde for uttalelser som er relatert til funksjonen som tillitsvalgt. Tillitsvalgte vil regelmessig kunne spille en viktig rolle som formidler av varsling om kritikkverdige forhold fra andre ansatte overfor ledelsen.

3.4 Ytringens art

De opplysninger en varsler fremlegger kan tenkes å representere en ytring av ulik art. Det kan både tenkes at den ansatte fremsetter påstander om at et faktisk (kritikkverdig) forhold foreligger, eller at varslingen beror på den ansattes vurdering av faktiske forhold i virksomheten. Varslingen kan f.eks. både gjelde påstander om ulovlige utslipp, og en vurdering av de økonomiske konsekvenser dette har. I juridisk teori om ytringsfrihet har

⁶⁰ NOU 1999: 27 (2003–2004) s.129 annen kolonne.

det vært argumentert for at ytringsfriheten virker med ulik intensitet overfor hhv. faktaytringer og meningsytringer.⁶¹ Argumentasjonen for et slikt skille kan grovt sett sies å være at det foreligger ulikt skadepotensiale ved fremsettelsen av hhv. fakta- og meningsytringer. Påstander om faktiske forhold vil lettere kunne volde skade på andre interesser, herunder arbeidsgivers legitime interesser, og således anses illojale. Når det gjelder meningsytringer av vurderende art vil disse kunne bli imøtegått av meninger med et annet innhold, gjennom at den annen part selv benytter sin ytringsfrihet. Når det gjelder faktaytringer vil vurderingen her henge tett sammen med to av de andre momentene; den ansattes aktsomhet med hensyn til riktigheten av påstandene som fremsettes og hvorvidt påstandene fremsettes av fagpersoner eller ikke.

For begge typer ytringer må det imidlertid gjelde at de bør være fremsatt i en tilbørlig form. Ytringer, uavhengig av dets innhold, som tar en utilbørlig form, vil uansett lett bli ansett illojale. Dette vil særlig gjelde der uttalelsene er av sjikanøs art eller inneholder støtende personkarakteristikker mv.

Også etter EMD-praksis har et slikt skille vært tillagt vekt i klassiske ytringsfrihetssaker, selv om ordlyden i EMK art. 10 (1) ikke gir grunnlag for et slikt skille, siden ”information and ideas” omfatter både faktaytringer og meningsytringer.

I norsk rettspraksis har det ikke tradisjonelt vært foretatt noe skarpt skille mellom disse to typer ytringer.⁶² Imidlertid kan uttalelser fra Høyesterett i Telenor-saken, Rt. 2003 s. 1614, tyde på at et skille mellom påstander om faktiske forhold og påstander av mer vurderingsmessig art må legges til grunn i vurderingen av om varslingen er lojal. Den avskjedigede ansatte hadde i en e-post ytret faglig kritikk mot en ny bonusordning han hadde deltatt i innføringen av, samt fremsatte påstander om de økonomiske konsekvenser ordningen ville ha for virksomheten. Han fremsatte også påstander mot navngitte ledere om

⁶¹ Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet, s. 381–387 og s. 799 flg.

⁶² Se Eggen, Kyrre: Ytringsfrihet, s. 383 tredje avsnitt flg. om skillet i EMD-praksis og norsk rett.

økonomiske misligheter i forbindelse med bonusordningen. Når det gjaldt kritikken mot svakheter i selve bonusordningen uttaler Høyesterett:

”Så langt er det tale om en rent faglig kritikk som A rimeligvis måtte være fullt berettiget til å fremsette.” (Rt. 2003 s. 1614 avsnitt 38).

Høyesterett så påstandene om økonomiske konsekvenser av bonusordningen og anklagene mot personer i ledelsen i sammenheng, og mente at påstandene var

”egnet til å undergrave den tillit som disse personer og de bedrifter som de ledet, var avhengig av, og til å skape uro blant de ansatte.” (Rt. 2003 s. 1614 avsnitt 45).

Etter min mening taler Høyesteretts distinksjon mellom den faglige kritikken og påstandene om økonomisk mislighold på at det også gjelder et slikt skille i norsk rett. Imidlertid kan det synes som Høyesterett i den foreliggende sak ikke tok utstrakt hensyn til meningsytringer nyter et ekstra intensivt vern.

3.5 Fremgangsmåten. Intern eller ekstern varsling

Der den ansatte innehar informasjon som han mener gir grunnlag for å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, vil han i utgangspunktet ha valget mellom å varsle om dette internt i virksomheten eller eksternt til tilsynsmyndigheter eller andre. Når det gjelder den eksterne varsling vil man igjen kunne skille mellom varsling til tilsynsorganer eller varsling til media. Vurderingen av om varslingen innebærer illojalitet vil kunne slå ulikt ut etter hva slags måte den ansatte har valgt å varsle på. Utgangspunktet vil være at dersom en ansatt har valgt å henvende seg direkte til personer eller institusjoner utenfor virksomheten vil dette lettere bli vurdert som illojalt.

Det må legges til grunn at varsling som skjer internt i virksomheten, i tråd med de retningslinjer som foreligger for intern kommunikasjon, ikke vil kunne være illojalt. Dette

gjelder for eksempel dersom den ansatte gir beskjed om forholdene til verneombud, tillitsvalgt eller nærmeste overordnet. Unntak fra dette kan gjelde dersom den ansatte, for eksempel til stadighet overfor kollegaer, i utilbørlige ordelag omtaler forholdene. Dette kan skade arbeidsmiljøet i virksomheten, og slik innebære en skade på arbeidsgivers interesser.

Varsling til tilsynsmyndigheter vil også som utgangspunkt også være lojalt. Som vist innledningsvis foreligger det i en del tilfeller sågar en plikt for arbeidstaker å varsle på denne måten, blant annet til helsemyndigheter, jfr. helsepersonelloven § 17. I juridisk teori har det blitt stilt spørsmål om den eneste begrensning som kan gjelde i slike tilfeller er der varsling til tilsynsmyndigheter skjer i ren sjikanehensikt, eller der intern varsling kunne ført til at forholdet lett ville kunne rettes opp.⁶³ Grunnen til dette må sies å være at også ved varsling til offentlige myndigheter vil arbeidsgivers interesser kunne være utsatt for skade, for eksempel i form av negativ publisitet, siden media og andre i regelen fanger opp reaksjoner fra tilsynsmyndighetene. Et eksempel på hvilken belastning offentlige tilsynsmyndigheters inngrepen vil kunne være for en virksomhet er matvaretilsynets reaksjoner på de hygieniske forhold hos matvarekjeden Meny i 2004. Det foreligger imidlertid gode grunner for å oppstille en begrensning for slike tilfeller der den ansatte uten grunnlag i reelle forhold gjentatte ganger varsler om kritikkverdige forhold, selv der sjikanehensikt ikke anses å foreligge. Det må med andre ord, i alle fall til en viss grad, kunne oppstilles en aktsomhetsplikt med hensyn til påstandens grunnlag i reelle forhold. Kravet til aktsomhet behandles nærmere nedenfor.

Den andre formen for ekstern varsling gjelder der den ansatte velger å viderebringe opplysninger om kritikkverdige forhold til media, eller til andre utenforstående (enn myndigheter). Det er i disse tilfeller de mest kjente eksemplene på varsling har forekommet, og det er her arbeidsgiver lettest vil anklage varsleren for illojalitet, slik at spørsmålet om ”tyster eller helt” blir satt mest på spissen. Man er i disse tilfeller ”..inne på kjernen av varslingsproblematikken.”⁶⁴

⁶³ Arbeidsgrupperapporten, op.cit. side 49.

⁶⁴ Arbeidsgrupperapporten, op.cit. side 49.

Utgangspunktet der den ansatte velger å gå til media med sine opplysninger er at det her skal relativt mindre til enn ellers for at ytringen må anses illojal. Det som ligger bak et slikt utgangspunkt er hensynet til arbeidsgiver beskyttelsesverdige interesser, siden varsling til media har et stort skadepotensiale. I dagens informasjonssamfunn må man antagelig også regne tilfeller der den ansatte sprer opplysninger om kritikkverdige forhold til en stor krets adressater utenfor virksomheten via e-post til denne kategorien varsling, grunnet den risiko for spredning dette innebærer. At også offentliggjøring av kritikk på denne måten raskt vil anses illojalt fremgår av Høyesteretts vurdering i Telenor-dommen. Høyesterett la her vekt på ”..at den store spredning av e-posten som A sørget for, lett ville resultere i at innholdet også ble brakt videre til personer utenfor konsernet.”⁶⁵ Antagelig må det legges til grunn at det tilsvarende vil gjelde dersom den ansatte offentliggjør opplysninger om virksomhetens interne forhold på egen eller andres hjemmeside eller på diskusjonsforum på internett.

Videre vil det, med dagens til dels kompliserte selskapsstruktur, i enkelte tilfeller være vanskelig å trekke en nøyaktig grense for hva som skal gjelde som varsling internt i virksomheten og hva som skal gjelde som ekstern varsling. Vil for eksempel ytringer om kritikkverdige forhold i et selskap i et konsern som viderebringes til ansatte i andre deler av konsernet måtte anses som intern eller ekstern varsling? Hvor vanskelig denne grensedragningen kan være vises også av saksforholdet i Telenor-dommen. Her hadde en ansatt yrkesmessig bakgrunn i Televerket og Telenor. Senere var han ansatt i et selskap utenfor Telenor-konsernet, men ble innleid til Telenor Mobil AS, og arbeidet sammen med ansatte her. A ble avskjediget etter å ha sendt en e-post med blant annet sterk kritikk av ledelsen i Telenor-konsernet til blant annet tre ansatte utenfor As egen arbeidsgiver. Det vil her være et spørsmål hvem den ansatte skal sies å ha lojalitetsplikt overfor. Etter å ha slått fast utgangspunktet om at varslingen lettere vil være illojal dersom den fremmes overfor eksterne mottakere, uttrykte Høyesterett at det å sende e-posten til ansatte i Telenor Mobil AS ikke innebar å involvere ”helt utenforstående adressater.” Det kan altså her se ut som

⁶⁵ Rt. 2003, s. 1614, avsnitt 44.

om Høyesterett ikke ønsket å oppstille noe kategorisk skille mellom intern og ekstern varsling, men heller vurderer den krets av mottakere som opplysningene gis til konkret.

Også den fremgangsmåte den ansatte velger *før* en eventuell ekstern varsling vil måtte tillegges betydning i vurderingen av om den eksterne varslingen er illojal. Har den ansatte forgjeves forsøkt intern varsling, vil varslingen normalt ikke regnes som illojal. Dersom den ansatte ikke før offentliggjøring har søkt å avhjelpe de kritikkverdige forhold ved å ytre seg om disse internt, vil dette antagelig lett føre til at illojalitet sies å foreligge.⁶⁶ Dette vil imidlertid ikke gjelde absolutt. For det første vil ikke kravet til at intern avhjelp av forholdene må være forsøkt gjelde dersom det dreier seg om svært alvorlige forhold, eksempelvis dersom ledelsen er involvert i korrupsjon i stor skala. Videre kan antagelig ikke kravet gjelde absolutt dersom det er opplagt at den interne veien ikke vil føre frem. Dette vil kunne tenkes dersom arbeidstaker selv, eller kollegaer, tidligere har forsøkt å varsle internt uten at dette har ført frem. Dette vil også gjelde dersom personer i virksomhetens ledelse er involvert i de kritikkverdige forhold. Kravet om at intern varsling må være forsøkt vil antagelig heller ikke gjelde fullt ut dersom den ansatte har grunnlag for å tro at han vil bli utsatt for gjengjeldelse, at intern varsling kan føre til unødvendig skade eller at intern varsling vil føre til at bevis går til spille. Et praktisk eksempel vil her være dersom virksomheten er involvert i ulovlige miljøutslipp. Samfunnets interesse i at miljøet ikke skades unødvendig kan medføre at ekstern varsling her vil kunne forsvares uavhengig av om intern varsling er forsøkt først.

Dersom slike forhold som nevnt ovenfor gjør at ikke intern varsling foretas vil ytringen som vist likevel kunne være lojal.

Selv der det vil være rettmessig adgang til å varsle eksternt, kan det stilles spørsmål om den ansatte i alle tilfeller skal ha informert arbeidsgiver om at han er i ferd med å offentliggjøre informasjon om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Jeg mener at et slikt krav har mye for seg, og kan begrunnes i lojalitetsplikten. Dersom arbeidsgiver i alle fall kort tid før

⁶⁶ Se også Kyrre Eggen: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 14

offentliggjøring får kjennskap til den eksterne varslingen, vil hans følelse av å ”bli tatt på senga” kunne svekkes, slik at han til en viss grad vil kunne forberede svar på opplysningene og slik vil kunne ivareta sine interesser.⁶⁷

Det er verdt å merke seg at det i høringsrunden om forslagene til endringer av bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven, fremsatt av Arbeids- og Sosialdepartementets arbeidsgruppe, er fremkommet forslag om at det utelukkende er den interne varsling som skal beskyttes i lov.⁶⁸ En slik begrensing ville innebære en endring av rettstilstanden slik den er i dag, og det er tvilsomt om et slikt forslag vil få regjeringens eller Stortingets tilslutning.

3.6 Aktsomhetskravet

Kravet om aktsomhet relaterer seg til riktigheten av de opplysninger som fremsettes. Varsleren må innrømmes et visst spillerom til å ta feil med hensyn til de opplysninger han offentliggjør, men slik at det i alle fall kreves at han har vært *i aktsom god tro* om de kritikkverdige forhold han varsler om. Kravet må forstås slik at den ansatte skal ha skaffet seg et forsvarlig faktisk grunnlag for opplysningene sine. Aktsomhetskravet må gjelde både de faktiske opplysninger og den ansattes vurderinger av mulige konsekvenser av opplysningene. Også i forhold til aktsomhetskravet vil eventuell fare for bevisforspillelse føre til kravet vurderes lempeligere, siden det er hva den ansatte *visste eller burde visst* på tidspunktet for offentliggjøring som må legges til grunn. Dette betyr at dersom det i ettertid viser seg at opplysningene det varsles om ikke medfører riktighet, men den ansatte hadde et forsvarlig grunnlag for å tro det, vil varslingen ikke av den grunn være illojal. Kravet til aktsomhet vil videre antagelig variere, slik at det er strengere krav til et forvarlig faktisk grunnlag for den eksterne enn for den interne varslingen. Høyesterett la også vekt på

⁶⁷ Se også Kyrre Eggen: Ansattes yringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 14.

⁶⁸ COOPs høringsuttalelse av 7. mars 2006. Liste over alle høringsuttalelsene er tilgjengelige på http://odin.dep.no/aid/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/068031-990009/dok-bn.html.

aktsomhetskravet i Telenor-dommen, hvor kritikken mot ledende medarbeidere i konsernet helt savnet grunnlag i de reelle forhold.

Det vil være et sentralt spørsmål hva slags krav som skal stilles til dokumentasjon for den ansattes aktsomhet. Det må antas at en ansatt som velger å varsle ofte vil være i en presset situasjon, både tidsmessig og med hensyn til vurdering av mulige konsekvenser av varslingen. Ofte vil en situasjon vurderes annerledes på varslingstidspunktet enn i etterpåklokskapens lys. Det har derfor blitt pekt på viktigheten av at den ansatte skaffer seg dokumentasjon for de opplysninger varslingen bygger på. I motsatt fall vil veien til å bli stemplet som illojal kunne være relativ kort. Dette betyr at det bør bli tatt fotokopier av dokumenter den ansatte har hatt tilgang til mv. Grunnen til dette er at man ikke alltid kan regne med at arbeidsgiver er villig til frivillig å fremskaffe dokumentasjon om kritikkverdige forhold dersom det ikke foreligger plikt til det.

3.7 Varlerens uttrykksmåte

Rettspraksis har vist at dersom den som varler gjør dette i en utilbørlig og polemisk tone vil dette lettere føre til at ytringen vurderes som illojal enn der den fremkommer i en saklig og nøktern form. Begrunnelsen for at den ansattes uttrykksmåte har betydning i lojalitetsvurderingen er at den usaklige, språklig kraftige kritikken ofte vil skade arbeidsmiljøet på en unødvendig måte. At den ansattes uttrykksmåte har betydning er bl.a. lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts dom 10. februar 1997 (Sjømannsforbundet).⁶⁹ Her hadde den ansatte foranlediget oppslag i pressen om bl.a. arbeidsmiljøet i virksomheten. Lagmannsretten uttaler at det ved omtale av slike forhold må gjelde ”visse krav til nøkternhet og balanse-”. Det samme legges til grunn i Frostating lagmannsretts dom av 23. november 2000.⁷⁰ Saken gjaldt en lærer som var blitt oppsagt bl.a. grunnet usaklig og sårende kritikk mot overordnede. Lagmannsretten uttalte at den ansattes utspill ”delvis var uholdbar og dessuten uakseptabel i formen-”. Av andre grunner ble oppsigelsen likevel

⁶⁹ LB-1995-1287.

⁷⁰ LF-2000-136.

kjent ugyldig. Hvorvidt momentet om en nøktern uttrykksmåte for kritikken vil kunne ha selvstendig vekt som grunnlag for illojalitet kan synes noe tvilsomt.

Rettspraksis tyder også på at det vil måtte legges vekt på hvorvidt kritikken faller som en spontan reaksjon, eller om den ansatte har hatt tid til å vurdere måten han uttrykker seg på. I Telenor-dommen ble det lagt vekt på at den aktuelle e-posten, hvor det blant annet fremkom sterke beskyldninger mot enkeltpersoner, ikke ble sendt på impuls, men etter en nøyere avveining. Høyesterett uttalte at det ved ”vurderingen av [arbeidsgiverens] reaksjon bør det tas hensyn til om arbeidstakerens forhold kan skyldes ubetenksomhet, eller om det var tale om en overveiet adferd” (Rt. 2003 s. 1614 avsnitt 47).

Videre kan det se ut som at det i praksis vil ha betydning hvorvidt det er arbeidstager eller for eksempel media som foranlediger kritikken. For eksempel har Sivilombudsmannen i en sak om en ansatt ved et kommunalt sykehjem, som bl.a. uttalte at ”det har vært helt jævlig” om arbeidssituasjonen ved sykehjemmet, lagt vekt på at uttalelsen falt etter at en radiostasjon hadde oppsøkt den ansatte for å få en uttalelse.⁷¹

Det samme ble lagt til grunn i dommen i ARD 1986 s. 189, hvor ansatte ved et vaskeri etter lengre tids pågang fra media valgte å uttale seg. Arbeidsretten uttalte at

”det var en betydelig pågang fra media for å få nærmere uttalelser om ulike forhold i bedriften. Det måtte i en slik situasjon utvilsomt være vanskelig å stille seg helt avvisende til å gi noen uttalelser overhodet–” (ARD 1986 s. 189 på s. 207 annet avsnitt).

Avslutningsvis kan det pekes på at EMD i den såkalte Bobo-saken, hvor en arbeidstaker hadde fremsatt sterkt polemisk kritikk i et radioprogram, la vekt på at uttalelsene hadde falt muntlig.⁷²

⁷¹ Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005-887.

⁷² Eur. Court H. R., Bobo judgement of 29 February 2000, RJD 2000.

I dagens mediehverdag, der krigstype-overskriftene dominerer, og det offentlige ordskiftet går raskere, må man antagelig legge til grunn rommeligere grenser for ordvalg og måte kritikk faller på.

3.8 Hva slags interesser varslingen gjelder

Antagelig vil det være et skille mellom tilfeller der det varsles om forhold av stor allmenn interesse, for eksempel om offentlig ressursbruk eller korrupsjon, enn der varslingen eksempelvis gjelder personkonflikter i en virksomhet. Den rettslige adgangen til å varsle vil være større der det dreier seg om forhold av allmenn interesse, og særlig vil dette gjelde varsling til media og lignende. Det må legges til grunn at det ikke kun er kritikkverdige forhold i den offentlige forvaltning som har allmenn interesse, men også tilfeller av uetiske eller ulovlige forhold i det private. Det kan hevdes at allmennheten har en legitim interesse i å få kjennskap til forhold ved den enkelte arbeidsplass.⁷³

3.9 Vil varslers hensikt ha betydning?

Det kan stilles spørsmål om hvorvidt den ansattes motiv bak varslingen skal tillegges vekt i vurderingen av om varslingen er lojal eller ikke. På den ene siden har man tilfeller der den ansatte ut fra gode tanker og ønske om å rette på den kritikkverdige situasjon velger å varsle. På den andre enden av skalaen for hva som kan anses aktverdig har man tilfeller der den ansatte, for eksempel som følge av interne personkonflikter, med ren skadehensikt offentliggjør informasjon om kritikkverdige forhold i virksomheten. Man vil her altså kunne ha det tilfelle at både handlingen (offentliggjøring av kritikkverdige forhold), og resultat (oppmerksomhet rundt de kritikkverdige forhold, med eventuelle reaksjoner fra offentlige myndigheter) vil kunne være likt, men at den motiverende tanke er ulik. De kryssende hensyn som her gjør seg gjeldende vil på den ene side være samfunnets interesse av å få kunnskap om kritikkverdige forhold i arbeidslivet. På den annen side står

⁷³ Ytringsfrihetskommisjonen i NOU 1999:27 s. 129 første spalte siste avsnitt.

arbeidsgivers legitime interesse i å unngå å bli utsatt for unødvendig skade grunnet en varslers eventuelle personlige illojale motiv.

I juridisk teori har det vært ansett som et grunnvilkår at varslingen ikke skjer ut fra egennytte eller i skadehensikt.⁷⁴ Ytringsfrihetskommisjonen uttaler om varsling at ”offentliggjøringen bør være motivert av god vilje og aldri av egennytte.”⁷⁵

Også i underrettspraksis synes å legge dette til grunn. Til illustrasjon kan nevnes dommen inntatt i NAD 1987 s. 491.⁷⁶ Forholdet var her at en ansatt ved en kafeteria hadde spredt påstander om kritikkverdige hygieniske forhold ved virksomheten. Retten la vekt på at påstandene, selv om de delvis medførte riktighet, kun var fremsatt for å skade arbeidsgiver.

Det vil etter mitt syn være klare betenkeligheter ved å tillegge den ansattes hensikt noe særlig vekt ved vurderingen av om varslingen er lojal eller illojal. Først og fremst kan det innvendes at et slikt moment vil reise store bevismessige problemer i praksis. Videre vil man, dersom et slikt moment tillegges sentral vekt, overse samfunnets legitime behov for å få kjennskap til forholdene. At den ansattes hensikt likevel tillegges vekt i grensetilfeller, der denne kan bringes på det rene, kan likevel være holdbart. Dette bør uansett ikke være avgjørende for om varslingen anses lojal eller ikke. Dette synet støttes også av Eggen.⁷⁷ I tillegg kan det argumenteres for at de øvrige momenter som tillegges vekt uansett vil gi det nødvendige vern for arbeidsgivers legitime interesser, og at det styrkede vern for ansattes ytringsfrihet som Grunnloven § 100 antas å innebære tilsier at ansattes motiv tillegges begrenset vekt.

⁷⁴ Jf. Dege: Arbeidsgiveres styringsrett bind III, s. 111.

⁷⁵ NOU 1999:27 side 132, om momenter i vurderingen av ”whistle blowing”.

⁷⁶ Om underrettsdommers rettskildemessige vekt se avsnitt 1.4 ovenfor.

⁷⁷ Kyrre Eggen: Ansattes ytringsfrihet, Arbeidsrett nr. 1/2004, s. 21

3.10 Spørsmålet om bevisbyrde

I praksis vil vurderingen om varsling er lojal, og dermed lovlig, eller ikke oftest komme opp i forbindelse med saker hvor det påstås at en avskjed eller oppsigelse skal kjennes ugyldig fordi den er en gjengjeldelse for varslingen. Spørsmålet som må stilles er derfor om det er den ansatte som må bevise at oppsigelsen eller avskjeden var en gjengjeldelse på en lovlig varsling, eller om det er arbeidsgiver som må bevise at reaksjonen var rettmessig grunnet illojal varsling. Det alminnelige bevismessige prinsipp tilsier at det er den som hevder noe for en domstol som må bevise at dette er riktig.

For bruk av gjengjeldelse på varsling om diskriminering er nå bevisbyrden uttrykkelig fastlagt i arbeidsmiljøloven § 13-8, som bestemmer at det skal være delt bevisbyrde i saker der det er spørsmål om gjengjeldelse grunnet varsling om diskriminering. Dette innebærer at dersom den ansatte sannsynliggjør at handlingen er en gjengjeldelse på en lovlig varsling går bevisbyrden over på arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at dette ikke er tilfellet. Ordlyden i § 13-8 omtaler ”gjengjeldelse i strid med § 2-4”. Selv om ikke § 2-4 har trådt i kraft, kan det legges til grunn at § 13-8 likevel gjelder etter sitt innhold. Det videre spørsmålet som oppstår er da hva slags bevisbyrde som gjelder i saker der det er spørsmål om gjengjeldelse som følge av varsling om andre forhold enn diskriminering, og hvilken bevisbyrde som gjelder for å avgjøre om selve ytringen er lovlig eller ikke. Ordlyden i § 13-8 gir klart inntrykk av at prinsippet om delt bevisbyrde kun gjelder saker om gjengjeldelse i forbindelse med diskriminering: Formuleringen ”–som følge av arbeidstakers varsling om brudd på bestemmelse i dette kapittel–” må antagelig forstås slik at det kun gjelder i diskrimineringssaker. Hvorfor lovgiver har valgt å kun oppstille delt bevisbyrde i disse typer varslersaker synes uklart, og kan sies å være lite hensiktsmessig og lite konsekvent.

Når det gjelder bevisbyrden for hvorvidt ytringen er lovlig eller ikke, er det i juridisk teori⁷⁸ antatt at dette vil følge de vanlige regler, slik at det med andre ord er den av partene som fremmer påstanden som har bevisbyrden.

⁷⁸ Arbeidsgrupperapporten, op.cit. side 54.

4 Arbeidsmiljøloven § 2-4

4.1 Innledning

Etter en intens debatt, hvor lovteksten underveis ble endret, vedtok Stortinget som en del av den nye arbeidsmiljøloven en bestemmelse i § 2-4 om varslere med slik ordlyd:

”§ 2-4. Forbud mot gjengjeldelse som følge av varslings

(1) Arbeidstaker har rett til å varsle offentligheten om kritikkverdige forhold i virksomheten der dette ikke er i strid med annen lov.

(2) Gjengjeldelse mot arbeidstaker som varsler etter første ledd er forbudt.”

Bestemmelsen trådte altså ikke i kraft sammen med resten av den nye loven, selv om mye kan tyde på at samtidig ikrafttrekken var forutsatt av Stortinget.⁷⁹

Selv om det ikke på langt nær er sikkert at noen lovbestemmelse om varslere vil tre i kraft i den form som § 2-4 gir, vil denne kunne ha en innvirkning på gjeldende rett. Derfor vil de sentrale tolkningsspørsmål som følger av § 2-4 bli omtalt i det følgende. Det er i første rekke bestemmelsens første ledd som har vært grunnlag for tvil om Stortinget mente å endre gjeldende rett. Det er derfor primært denne bestemmelsen som drøftes i det følgende, mens jeg kun kort gjør rede for forbudet mot gjengjeldelse i bestemmelsens annet ledd.

4.2 Bestemmelsens tilblivelse

Det kan innledningsvis være av interesse å si noe om bestemmelsens forhistorie, da denne i alle fall i noen grad er egnet til å kaste lys over sentrale tolkningsspørsmål bestemmelsen reiser, se avsnitt 3.3 nedenfor.

⁷⁹ Jfr. Henning Jakhelln og Helga Aune. *Arbeidsrett.no. Kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 2. utgave, s. 1221.

Arbeidslivslovutvalget drøftet i NOU 2004: 5 en lovregulering av adgangen til å varsle, og mente at en nærmere regulering av adgangen til å varsle, dvs. avgrensningen av lojalitetsplikten ikke burde oppstilles i lov:

”Etter utvalgets syn representerer dagens rettstilstand en god og fornuftig avveining mellom de ulike hensyn. Formålet med en nærmere lovregulering vil således i stor grad være opplysningshensyn. En bestemmelse som på en bedre måte enn gjeldende rett definerer grensene for adgangen til varsling vil etter utvalgets syn by på vanskeligheter. Snarere enn å få en lovregel som treffer godt de ulike situasjoner, er risikoen for å låse rettsutviklingen etter utvalgets vurdering større. Utvalget ønsker på denne bakgrunn ikke å foreslå en lovfesting av grensene for arbeidstakers adgang til varsling.” (NOU 2004: 5 s. 450).

Arbeidslivslovutvalget foreslo imidlertid å lovfeste et generelt vern mot gjengjeldelse som følge av lojal varsling med følgende ordlyd:

” § 2-4 Forbud mot gjengjeldelser som følge av varsling

Det er forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor arbeidstaker som på en lojal måte informerer om kritikkverdige forhold i virksomheten.”

Begrunnelsen for en lovfesting av forbudet mot gjengjeldelse uttrykker utvalget slik:

”Det er etter utvalgets vurdering behov for at disse prinsippene synliggjøres i loven. Med en lovfesting av en generell verneregel som foreslått, vil det fremgå av loven at det gjelder en lojalitetsplikt i ansettelsesforhold, at arbeidstaker har et vern i forbindelse med varsling og at forutsetningen er at varslingen ikke bryter med lojalitetsplikten”. (NOU 2004: 5 s. 452.)

Arbeidslivslovutvalget fikk regjeringens tilslutning i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005).

Under komunalkomiteens behandling ble det slått fast at mange arbeidsgivere overdriver kravet til lojalitet. Videre la flertallet (bestående av medlemmene fra Arbeiderpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Senterpartiet) vekt på at det var viktig å slå fast en rett for ansatte til å varsle, og at ”det er avgjørende å styrke vernet av ansatte som bidrar til å avdekke korrupsjon og misbruk av offentlige midler” (Innst.O. nr. 100 (2004–2005) s. 27). På bakgrunn av dette gikk komiteens flertall inn for en bestemmelse med den vedtatte ordlyd.

4.3 § 2-4 første ledd

Bestemmelsens første ledd angir en rett for ansatte til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten. Bestemmelsens ordlyd reiser en rekke tolkningsspørsmål, som ikke i nevneverdig grad er løst i forarbeidene. Grunnen til dette er at ordlyden som nevnt ble endret i kommunalkomiteens innstilling, Inst.O. nr. 100 (2004-2005) i forhold til regjeringens forslag i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). Stortingsflertallet ønsket en lovtekst som klart gav uttrykk for at det ikke bare er adgang for, men også ønskelig, at ansatte varsler om kritikkverdige forhold. Dermed inneholder lovteksten flere spørsmål som verken ordlyd eller forarbeider gir noe klart svar på. Nedenfor drøftes om det fremdeles må gjelde et lojalitetskrav for varslere, og hva som må forstås med lovens uttrykk ”kritikkverdige forhold” og ”offentligheten”. Denne tolkingen vil være bestemmende for om rettstilstanden er endret ved vedtagelsen av aml. § 2-4.

4.3.1 Endrer aml. § 2-4 (1) gjeldende rett?⁸⁰

Det grunnleggende tolkningsspørsmål i forhold til § 2-4 er hvorvidt det fremdeles vil gjelde en lojalitetsplikt som begrensning for ansattes adgang til å varsle. Kravet om at varslingen skulle være lojal ble fjernet fra lovteksten uten nærmere redegjørelse for hvordan dette skulle forstås. Spørsmålet er om den konkrete skjønsmessige vurderingen knyttet til om

⁸⁰ Se også: Lovreguleringen om adgangen til varsling – noen spørsmål, av advokat Erik C. Aagaard i Arbeidsrett 2005 nr. 3.

varslingen er lojal ikke lenger vil gjelde. I så måte vil man måtte spørre seg om adgangen dermed står helt fritt til å varsle "offentligheten" om de "kritikkverdige forhold" som den enkelte arbeidstaker mener eksisterer i virksomheten "der dette ikke er i strid med annen lov". De lovbestemte unntakene er spredt i flere ulike enkeltlover. Her kan nevnes de ulike lovbestemmelsene om taushetsplikt⁸¹ og straffelovens bestemmelser om ærekrenkelser.⁸² Tolkningsspørsmålet er dermed om lovgiver har ment at begrensninger i adgangen til å varsle er uttømmende angitt i aml. § 2-4. En tolking av bestemmelsens ordlyd taler for at det er en slik uttømmende regulering lovgiver har ment å oppstille.

Uttalelser i forarbeidene gir ikke et entydig svar på om flertallet ved å fjerne uttrykket "på en lojal måte" ønsket å utvide adgangen til varsling, eller om siktemålet primært var å styrke bestemmelsens signaleffekt. At stortingsflertallet mente at mange arbeidsgivere overdriver kravet til lojalitet, kan både forstås som at det var ønskelig med en materiell utvidelse av gjeldende rett, eller at man var skeptisk til selve uttrykket *lojalitet*. I juridisk teori har det vært lagt til grunn at fjerningen av uttrykket "på en lojal måte" ikke kan tas til inntekt for at det ikke vil gjelde noe lojalitetskrav med slikt innhold som redegjort for i avsnitt 2.3 ovenfor.⁸³

Etter min mening taler sterke reelle hensyn for at vedtagelsen av § 2-4 ikke innebærer at lojalitetskravet er borte som en begrensning på adgangen til å varsle. Lojalitetskravet ivaretar arbeidsgivers legitime og tungtveiende interesser, bl.a. i forhold til varslersens aktsomhet og de uttrykksformer arbeidstaker velger for offentliggjøringen. Dersom det ikke skal gjelde andre begrensninger enn det som følger av (formell) lov, vil rettstilstanden i betydelig grad endres. Det må etter min mening kunne antas at lovgiver, dersom en slik endring var intensjonen, ville ha gitt klart uttrykk for dette. Et annet argument for støtte til dette er at lojalitetskravet jo ikke kun gjelder i varslersituasjonene. Det er som gjort rede for i avsnitt 2.3.1 ovenfor et alminnelig arbeidsrettslig prinsipp, og utslag av

⁸¹ Bl.a. straffeloven § 144 og helsepersonelloven § 21.

⁸² Straffelovens §§ 246 og 247.

⁸³ Jakhelln, Henning i Arbeidsrett.no s. 89 note 6 og arbeidsgrupperapporten op.cit. s. 61 fjerde avsnitt.

kontraktsrettslige prinsipper. At derfor ikke ordene ”på lojal måte” er tatt med i den endelige bestemmelsen kan da ikke tolkes antitetisk, slik at lojalitetsplikten er borte fra vurderingen.

Det kan etter min mening likevel argumenteres for at lovgiver ønsket å justere lojalitetsplikten i retning av å innrømme arbeidstakere et større spillerom ved varsling. Særlig kan det legges vekt på stortingskomiteens uttalelse om at det ”er viktig å få slått fast at arbeidstakere har en rett til å varsle” og at ”det er avgjørende å styrke vernet av ansatte som bidrar til å avdekke korrupsjon og misbruk av offentlige midler.” (Inst.O. nr. 100 s. 27 andre spalte tredje avsnitt).⁸⁴ Sammen med lovgivers ønske om å styrke ansattes ytringsfrihet ved vedtakelsen av den reviderte Grl. § 100 i 2004 taler dette for adgangen til varsling nå må sies å være utvidet. Hvor langt dette vil utvide den konkrete vurderingen i retning av videre rammer for ansattes varsling vil måtte avgjøres av rettspraksis. Det kan tenkes at Høyesterett i en sak som Telenor-dommen i fremtiden vil vurdere den ansattes varsling mht. form og aktsomhet på en noe annen måte. Særlig kan dette knyttes til at det i praksis ofte har blitt et spørsmål om holdbarheten av den ansattes opplysninger, slik at fokus har blitt vridd fra det det varsles om til den som varsler, med krav om dokumentasjon for de forhold det varsles om. Et noe justert lojalitetskrav vil kunne føre til domstolene i fremtiden vil nedtone dette dokumentasjonskravet noe.

Videre vil, for å kunne vite hvor adgangen til å varsle etter § 2-4 går, en tolkning av ”kritikkverdige forhold” være av betydning. Heller ikke her gir bestemmelsens forarbeider nevneverdig veiledning. Dermed kan det tenkes at alle slags forhold som den enkelte ansatte anser for å være kritikkverdige kan gi grunnlag for varsling til ”offentligheten”: Dette kan være alt fra korrupsjon til kriminalitet, til forhold av mer moralsk kritikkverdig karakter som arbeidstaker subjektivt finner å være kritikkverdig. Hvor langt slike subjektive betraktninger kan gi grunnlag for varsling synes uklart. Imidlertid kan det legges vekt på komiteens merknad om at det er vernet for dem som avdekker korrupsjon og

⁸⁴ Slik også Jakhelln i *Arbeidsrett.no op.cit.* s. 88 note 2.

misbruk av offentlige midler som må styrkes. (Innst.O. nr. 100 (2004–2005) s. 27 annen kolonne tredje avsnitt.) Regjeringens forslag i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) var ment å kodifisere gjeldende rett knyttet til lojalitetsplikten, og det kan derfor være tvilsomt hvor langt man kan basere seg på vurderingen av ”kritikkverdige forhold” som gis i proposisjonen. Det ble i proposisjonen lagt vekt på at ”kritikkverdige forhold” kunne være arbeidsmiljø, ukultur, korrupsjon, ulovligheter eller uetisk og skadelig aktivitet.⁸⁵ Så lenge det må antas å i alle fall foreligge et justert lojalitetskrav mener jeg det gir mening å legge vekt også på departementets syn på hva som er kritikkverdig.

Med ”uetisk” mener jeg det her må forstås forretningsmessig uetisk karakter, og ikke forhold av mer subjektivt uetisk innhold ut fra religiøs overbevisning m.v. Jeg mener de beste grunner taler for ikke å oppstille snevre grenser forøvrig for hva det kan varsles om. Ved tolkingen må man også her legge vekt på at lovgiver ved vedtakelsen av den reviderte Grl. § 100 mente å styrke ansattes yringsfrihet. De momenter som inngår i den konkrete vurderingen av om varslingen er lojal vil uansett føre til at måten det varsles på og hvem det varsles til vurderes strengere der det er tale om forhold av mindre kritikkverdig karakter. Hensynet til å avdekke korrupsjon m.v. må her veie tungt. I tillegg kan det, som drøftes i kapittel 5, argumenteres for at problemet i praksis synes heller å være at ansatte i for liten enn i for stor grad tar opp kritikkverdige forhold.

Det kan videre spørres om varsling til ”offentligheten” innebærer at ansatte uten å gå den interne veien først kan varsle til media og lignende. Vurderingen av dette må knyttes til at det fremdeles må antas å foreligge et lojalitetskrav som begrensning på den ansattes rett til å varsle. Dette innebærer for det første at det i aml. § 2-4 oppstilles en rett for arbeidstaker til å gi opplysninger om kritikkverdige forhold til media og offentlige organer, slik at dette som utgangspunkt ikke skal regnes som illojalt. Likevel vil lojalitetskravet føre til at den interne veien i utgangspunktet skal være forsøkt først. Det kan også bemerkes at når det oppstilles en lovfestet rett til å varsle eksternt, vil selvsagt arbeidstaker ha en rett til også å

⁸⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 305 andre spalte fjerde avsnitt.

varsle internt. Dette understøttes også av uttalelser i Stortinget i tilknytning til vedtakelsen.⁸⁶

4.4 Forbud mot gjengjeldelse i aml. § 2-4 annet ledd⁸⁷

Arbeidsmiljøloven § 2-4 oppstiller et generelt forbud mot gjengjeldelse på bakgrunn av ansattes varsling. Forutsetningen er at varslingen har skjedd i tråd med første ledd.

Hva som skal regnes som gjengjeldelse følger bl.a. av Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 305 andre spalte fjerde avsnitt, hvor det uttales:

”Vernet gjelder alle former for gjengjeldelse, det vil si trakassering, diskriminering, fordeling av arbeidsoppgaver, oppsigelse, avskjed osv.”

Det må dermed legges til grunn at hva som vil være gjengjeldelse skal forstås vidt, og må bero på en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Forbudet mot gjengjeldelse vil i første rekke rette seg mot arbeidsgiver, selv om bestemmelsens ansvarssubjekt imidlertid ikke uttrykkelig er angitt. Siden arbeidsgiver etter aml. § 2-1 har ansvar for at lovens bestemmelser er overholdt, vil han også være ansvarlig ved horisontal gjengjeldelse fra andre arbeidstakere i virksomheten.

I tillegg til bestemmelsen i § 2-4 (2) vil også det generelle ulovfestede saklighetskravet ha betydning for tilfeller det arbeidsgiver ilegger den ansatte sanksjoner som følge av varslingen ikke er i tråd med første ledd.⁸⁸ For eksempel vil oppsigelsesvernet i aml. § 15-7 gi den ansatte et vern mot usaklig oppsigelse som følge av at varslingen er illojal.

⁸⁶ Se Tidende S. (2003–2004) s. (uttalelser fra Heikki Holmås (SV) og Reidar Sandal (A)).

⁸⁷ Se også arbeidsgrupperapporten. Op.cit. s. 64 .

⁸⁸ At det gjelder et slikt generelt saklighetskrav i arbeidsforholdet legges bl.a. til grunn av Jakhelln i Jakhelln, Henning: Oversikt over arbeidsretten s. 42 siste avsnitt og s. 202 siste avsnitt.

Merkes må også bestemmelsen i aml. § 4-3 (3), som verner arbeidstaker mot trakassering. Denne bestemmelsen vil ha overlappende virkeområde med gjengjeldelsesforbudet i § 2-4 (2), hvor den ansatte som følge av varslingen blir trakassert. Forbudet mot trakassering vil imidlertid gjelde absolutt, slik at den ansatte heller ikke kan bli trakassert dersom han har varslet i strid med § 2-4 første ledd.

Således vil § 2-4 annet ledd etter min mening i stor grad kun kodifisere gjeldende rettstilstand. Bestemmelsen får da i stor grad kun en symbolsk betydning.

Det er også grunn til å nevne at dersom det foreligger en urettmessig gjengjeldelse, vil arbeidstaker etter gjeldende rett ha krav på erstatning etter ulike regler. Aktuelt kan for det første være erstatning etter alminnelige erstatningsrettslige regler. Videre vil lovstridig oppsigelse, avskjed eller suspensjon innebære et objektivt erstatningsansvar for arbeidsgiver, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd, § 15-13 fjerde ledd og § 15-14 fjerde ledd. Arbeidstaker kan med andre ord i disse tilfellene kreve erstatning uavhengig av om arbeidsgiver har utvist skyld. Erstatningen fastsettes til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til det økonomiske tap, arbeidsgivers og arbeidstakers forhold og omstendighetene for øvrig.

5 Arbeidsgruppens forslag til endringer i adgangen til varsling

5.1 Oversikt

I det følgende drøftes de forslag til endringer som arbeidsgruppen nedsatt av Arbeids- og sosialdepartementet fremla i sin rapport ”Ansattes ytringsfrihet” 21. desember 2005.

Arbeidsgruppens foreslo foruten et generell bestemmelse om ansattes ytringsfrihet i § 2-4 en endret bestemmelse om varsling i § 2-5. Rapporten inneholder også forslag til en bestemmelse i § 3-6 om plikt for arbeidsgiver til å utarbeide rutiner for varsling, samt en generelt forbud mot gjengjeldelse på bakgrunn av ytringer og varsling i § 2-6. Det er forslaget om en særregel for varsling i § 2-5 som drøftes i det følgende.

Får forslaget om ny § 2-4 Stortingets tilslutning, vil ansattes ytringsfrihet for første gang i norsk rett bli særskilt regulert. Bestemmelsen vil ikke innebære endring i matriell rettstilstand, men vil tydeliggjøre utgangspunktet om at ansatte har vidtgående ytringsfrihet, og at det er begrensninger i denne som må begrunnes. Et slikt initiativ bør ønskes velkommen, nettopp på bakgrunn av den store betydning disse reglene har for en stor del av landets befolkning.

5.2 Forslag om forvarlig fremgangsmåte ved varsling

Arbeidsgruppens forslag til en ny varslingsbestemmelse lyder slik:

”§ 2-5 Varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten

- (1) Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.
- (2) Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Ved offentlig varsling skal det særlig tas hensyn til
 - a) om varslingen bygger på et forsvarlig grunnlag,

b) om varslingen gjelder forhold som har allmenn interesse, og
c) om arbeidstaker først har varslet internt, med mindre arbeidstaker har grunn til å tro at dette vil være uhensiktsmessig. Med intern varsling menes å si i fra i samsvar med virksomhetens retningslinjer eller til representant for ledelsen der slike retningslinjer ikke finnes.”

Forslaget stadfester først og fremst ansattes rett til å varsle, deretter understreker det at varslingen må foregå på forsvarlig vis og til slutt listes sentrale momenter for offentlig varsling opp.

Arbeidsgruppen la til grunn at dette forslaget ikke medfører ”endringer i de materielle reglene om adgangen til å varsle.”⁸⁹

Spørsmålet er om forslaget i realiteten stadfester gjeldende rett, eller om det innebærer en endring. Etter min mening innebærer forslaget langt på vei at de krav som følger av ulovfestet rett knyttet til lojalitetsplikten, jf. forslaget i NOU 2004: 5 og Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) om vern av varsling ”på en lojal måte” blir lovfestet. Særlig kan det spørres om uttrykket ”på forsvarlig grunnlag” innebærer noen realitetsforskjell fra det tidligere forslaget om at varslingen må skje ”på lojal måte”. Slik jeg ser det kan dette ikke være tilfellet. Det er nærliggende å tro at arbeidsgruppen antok at Stortinget ønsket å fjerne selve betegnelsen ”på lojal måte” fra bestemmelsen for å øke den symbolske effekten, uten at noen realitetsforskjell var tilsiktet. I utgangspunktet innebærer da arbeidsgruppens forslag ikke noen endring av rettstilstanden slik den var før vedtagelsen av § 2-4.

Imidlertid kan det som nevnt legges til grunn at stortingsflertallet ønsket en reell nedtoning av lojalitetskravet, og i større grad ville legge til rette for at ansatte varslet om kritikkverdige forhold i virksomheten.⁹⁰ På denne bakgrunn kan det spørres om forslaget er egnet til å til ivareta Stortingets standpunkt om å styrke varslers rettsvern, slik dette

⁸⁹ Arbeidsgrupperapporten. Op.cit. s. 104 femte avsnitt.

⁹⁰ Se avsnitt 3.3.1 ovenfor.

fremkommer i Inst. O. nr. 100 2004–2005) s. 27 andre spalte tredje avsnitt. I en rekke høringsuttalelser kritiseres forslaget sterkt.⁹¹ Kritikken går hovedsakelig ut på at forslaget ikke i tilstrekkelig grad sørger for en styrking av varsleres rettsvern. Jakhelln uttaler at forslagens regler ”åpner i betenkelig grad til at fokus blir flyttet over fra det forhold som arbeidstaker varsler om, og over til spørsmålet om arbeidstaker har gått frem korrekt.”⁹² Etter min mening har dette synspunktet mye for seg. På den ene siden kan en mer detaljert lovbestemmelse føre til at varsleres rettsstilling styrkes, ved at nærmere angivelse av kriterier for hva som skal regnes som ”forsvarlig” fremgangsmåte oppstilles. Mot dette kan det hevdes at den praktiske virkning av en slik bestemmelse lett vil bli at rettsstillingen for en ansatt som vurderer å offentliggjøre informasjon om kritikkverdige forhold faktisk blir mer uklar. Tvil om hva som ligger i lovens enkelte vilkår vil gjøre at en ansatt på forhånd vil ha vanskelig for å kunne avgjøre om han handler på ”forsvarlig” måte før han varsler. Særlig mener jeg at vilkårene ”forsvarlig grunnlag” og ”allmenn interesse” vil bidra til usikkerhet. Mitt syn er derfor at den manglende klarhet uttrykkene i forslagens annet ledd innebærer er egnet til å underminere den rettighet som er ment etablert i første ledd. Konsekvensen kan bli at en ansett som er i en potensiell varslingssituasjon enten må søke juridisk bistand, eller kanskje mer sannsynlig avstår fra å varsle.

⁹¹ Se bl.a. Jakhellns høringsuttalelse av 17. mars 2006, Arbeidstilsynets høringsuttalelse av 23. mars 2006 og Sivilombudsmannens høringsuttalelse av 23. mars 2006. Alle høringsuttalelsene finnes under http://odin.dep.no/aid/norsk/dok/hoeringer/paa_hoering/046031-990059/ram004-bn.html#ram4

⁹² Jakhelln på s. 2 fjerde avsnitt i høringsuttalelsen av 17. mars 2006.

6 Spørsmålet om lovfesting av varslingsretten er egnet til å bidra til avdekking av kritikkverdige forhold

Bakgrunnen for en lovfesting av arbeidstakers adgang til å varsle var et ønske fra lovgivers side om at det er ønskelig å styrke mulighetene for at korrupsjon og ulovligheter blir avdekket.⁹³ Økt fokus i media og den offentlige debatt om uetiske og ulovlige forhold i det offentlige og private har bidratt til fokuset på varslere. Det kan reises spørsmål om i hvilken grad en lovfesting er egnet til å bidra til at arbeidstakere i større grad enn i dag ytrer seg, internt eller eksternt, om forhold av kritikkverdig karakter som de har kjennskap til.

En lovfesting av en rett til å varsle vil antas å i noen grad kunne ha en symbolverdi, selv for det tilfellet at lovbestemmelsen kun vil kodifisere gjeldende rett. Kjennskapet til rettigheten vil antagelig øke med en lovfesting, og ansattes vern mot gjengjeldelser ville kunne ha øket varsleres rettssikkerhet. Et annet moment som antagelig ikke skal undervurderes er at en debatt rundt innføring av en lovbestemmelse om varsling kan føre til at problemer knyttet til temaet får en økt fokus i forretningslivet, forvaltningen og blant folk flest.

Imidlertid er det grunn til å tro at man ikke skal ha overdrevne forventninger til lovgivningen virkning på dette feltet.⁹⁴

Ansattes premisser for å kunne ytre seg om kritikkverdige forhold knyttet til den virksomhet de er engasjert i, beror i første rekke på den kultur som finnes i den enkelte bedrift. Organisasjonskulturen i den enkelte virksomhet kan tenkes å ha som virkning at det fra ledelsens side uttrykkelig blir vektlagt at man ønsker våkne ansatte som sier ifra om forhold av kritikkverdig karakter. I andre typer organisasjoner kan det tenkes en kultur som

⁹³ Innst. O. nr. 100 (2004–2005) s. 27

⁹⁴ Jf. også arbeidsgrupperapporten. Op.cit. s. 92 fjerde avsnitt.

gir et signal til de ansatte om at kritikk ikke er ønskelig, og at varsling om kritikkverdige forhold lett vil oppfattes som illojalt.⁹⁵ Undersøkelser foretatt i offentlig sektor tyder på at ytringsklimaet i større grad bidrar til taushet enn varsling om kritikkverdige forhold.⁹⁶

Ytringsfrihetskommisjonen fant grunn til å påpeke at:

“Manglende toleranse for uenighet i egne rekker kan ligge bak forsøk på å begrense ansattes ytringsfrihet. Dette kan igjen henge sammen med synet på uenighet som noe negativt og ikke som noe positivt. Uenighet kan imidlertid være begge deler, og man skal være forsiktig med å stemple opposisjon som illojalitet uten nærmere undersøkelser. Vi vil generelt advare mot at antydninger om illojalitet spilles ut som den første responsen på offentlig kritikk fra ansatte. Man bør heller ta den ansattes initiativ som en positiv utfordring og mulighet til ytterligere offentlig ordskifte - til nytte både for allmennheten og arbeidsplassen.” (NOU 1997:27 s. 130 første spalte siste avsnitt.)

I økende grad blir ansattes adgang til å varsle sett på som et middel for virksomheten til å sikre kvaliteten på produkter og tjenester. På denne måten kan den ansattes muligheter til å si i fra, først og fremst internt, innebære en verdi for både offentlig og privat virksomhet. I tillegg til at det bidrar til å sikre kvaliteten på varer og tjenester, som kan kalles et offensivt aspekt, har en slik holdning også en preventiv effekt. Ved at det legges til rette for at ansatte kan fremme kritiske synspunkter internt, reduseres mulighetene for at virksomheten taper omdømme gjennom at kritikkverdige forhold offentliggjøres. På denne måten betraktes de ansattes eventuelle kjennskap til kritikkverdige forhold som en verdi for virksomheten. Det fokuseres også i økende grad på utarbeidelse av etiske retningslinjer for det enkelte selskap. At det er viktig å sikre mekanismer for intern varsling blir tatt på alvor i stadig større grad, primært i private virksomheter. To eksempler kan kort illustrere dette:

⁹⁵ For en nærmere gjennomgang av klimaet for kommunalt ansatte til å ytre seg kritisk, se bl.a.

⁹⁶ Se note 4 for henvisning til relevante undersøkelser.

- I Tyskland tar flere og flere bedrifter i bruk et system for intern varsling, gjennom at den ansatte kan varsle anonymt til en enhet som ikke har organisasjonsmessig tilknytning til virksomhetens ledelse. Denne undersøker plausibiliteten av varslingen, og gir virksomheten adgang til å iverksette tiltak for å utbedre forholdene.⁹⁷
- I Norge har selskapet EDB Business Partner oppnevnt en ekstern advokat, som kan motta anonyme tips fra ansatte i selskapet om kritikkverdige forhold, for deretter å gi virksomheten anledning til å rydde opp. Den klare innvendingen mot slike ordninger er at det i enkelte tilfeller vil foreligge lovbrudd som myndighetsorganer bør få kjennskap til.

Bevisste strategier med formål å etablere en kultur for å ytre seg kritisk i virksomheter anser jeg for i det minste å være et nyttig supplement til lovgiving for å sikre varslers rettssvern. Likevel vil en lovbestemmelse som nevnt kunne ha en nyttig symboleffekt.

⁹⁷ Se nettsiden www.business-keeper.com for mer informasjon om ordningen som tilbys tysk næringsliv.

Litteraturliste

Litteratur:

- Iselin Bauer. *Bør det i norsk rett innføres regler om arbeidstakers rett til å informere om kritikkverdige forhold på arbeidsplassen.* (Oslo 2001)
- Dege, Jan Tormod. *Arbeidsgivers styringsrett.* Bind III. Oslo 1997.
- Eggen, Kyrre. *Ytringsfrihet.* Oslo 2002.
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære.* 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001.
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett.* Eivind Smith. 6. utgave. Oslo 1997.
- Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter.* Oslo 2003.
- Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten.* 3. utgave
- Jakhelln, Henning. *Arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven.* 2. utgave. Helga Aune og Henning Jakhelln. Oslo 2006.
- Vickers, Lucy *Freedom of Speech and Employment.* Oxford 2002.

Artikler:

- Erik C. Aagaard. *Lovreguleringen om adgangen til varsling – noen spørsmål.* Arbeidsrett nr. 3/2005.
- Andersen, Per Chr. *Tjenestemenns adgang til å offentliggjøre kritikkverdige forhold i forvaltningen.* Institutt for offentligretts skriftserie, UiO nr. 1/1995.
- Eggen, Kyrre. *Ansattes ytringsfrihet,* Arbeidsrett nr. 1/2004.
- Jakhelln, Henning. *Ytringsfrihet i arbeidsforhold, Arbeidstakere – samfunnsengasjerte borgere, betrodde og innsiktsfulle medarbeidere – eller krankebøtter, bråkmakere og angivere?* TemaNord 2004:509
Ytringsfrihet og konstitusjonelt vern.
- Jakhelln, Henning. *Whistleblowers. Om det foreslåtte forbudet mot gjengjeldelser mot arbeidstaker ”som på lojal måte varsler om kritikkverdige forhold i*

virksomheten”. Foredrag på Arbeidsmiljødagene i Trondheim
26. mai 2005.

Kroken, Nina. *Vern av varslere*. Tilgang på
http://www.foyen.no/templates/Artikkel_1356.aspx

Rapporter:

Hetle, Aslaug (red.): *Munnkurv og varsling. En studie av ytringsfrihetens vilkår blant sykepleiere*, AFI rapport nr. 2/2005.

Skivenes, Marit og Trygstad Sissel: *Varsling i norsk arbeidsliv Hva betyr det og hva vet vi*. FAFO-notat 2005:29.

Skivenes, Marit og Trygstad Sissel: *Når arbeidstakere ytrer seg kritisk. En pilotstudie av et utvalg medarbeideres erfaringer med å varsle i utdannings- og pleie- og omsorgssektoren*, FAFO-notat 2005:04.

.

Lover:

2005	Lov 17. juni 2005 nr 62: om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
1999	Lov 2. juli 1999 Nr. 64: Lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
1999	Lov 21. mai Nr. 30 1999: Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
1967	Lov 10 feb. 1967: Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
1902	Lov 22. mai 1902 Nr. 10: Almindelig borgerlig Straffelov (Straffeloven).
1814	Kongeriket Norges Grundlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

Forarbeider m.v.:**Til arbeidsmiljøloven**

Forhandlinger i Lagtinget 14. juni 2005 om arbeidsmiljøloven.

Forhandlinger i Odelstinget 6. juni 2005 om arbeidsmiljøloven.

Innst.O. nr 100 (2004–2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget – et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Arbeidsgrupperapport av 21. desember 2005. Ansattes yringsfrihet.

Til revidert Grunnloven § 100

Forhandlinger i Stortinget 30. sept. 2004, St.forh. (2003–2004) s. 3585–3606.

Innst.S. nr. 270 (2003–2004).

St.meld. nr. 26 (2003–2004) Om endring av Grunnloven § 100.

NOU 1999: 27 Ytringsfrihed bør finde Sted.

Konvensjoner:

Convention for The protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Rome, 4 November 1950.

Norsk navn: Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (EMK).

International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966.

Norsk navn: Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 1966 (SP).

United Nations Convention against Corruption.

Norsk navn: De forente nasjoners konvensjon mot korrupsjon av 31. oktober 2003.

Civil Law Convention on Corruption

Norsk navn: Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon av 14. november 1999.

Dommer:

Norsk Retstidende (Rt.)

Rt. 2003 s. 1614	Telenor
Rt. 1996 s. 1401	
Rt. 1993 s. 300	
Rt. 1990 s. 607	
Rt. 1982 s. 1729	Hoaas
Rt. 1979 s. 100	Hellebust
Rt. 1979 s. 770	Sporveissaken

Rettens Gang (RG.):

RG 2002 s. 780

Upubliserte dommer:

LH-1995-00353

LF-2000-136

Dommer og kjennelser fra Arbeidsretten (ARD):

ARD 1986 s. 189

ARD 1986 s. 39

ARD 1978 s. 75

Norsk arbeidsrettslog domssamling (NAD):

NAD 1987 s. 678

Sivilombudsmannens uttalelser:

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005-887

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2005-436

Sivilombudsmannens uttalelse i sak nr. 2002-0021

EMD:

Eur. Court H. R., Bobo judgement of 29 February 2000, RJD 2000.

Application no. 12242/86, Descisions and Reports 62 side 151.

Elektroniske kilder:

www.advarsel.no

www.business-keeper.com

<http://odin.dep.no/asd>

